LASSALLE

GESAMMELTE REDEN UND SCHRIFTEN


EX LIBRIS DR. ALFRED PLATZ

FERDINAND LASSALLE

GESAMMELTE REDEN UND SCHRIFTEN

HERAUSGEGEBEN
UND EINGELEITET
VON

EDUARD BERNSTEIN

*VOLLSTÄNDIGE AUSGABE
IN ZWÖLF BÄNDEN*

VERLEGT BEI PAUL CASSIRER, BERLIN
1920

FERDINAND LASSALLE

GESAMMELTE REDEN UND SCHRIFTEN

HERAUSGEGEBEN
UND EINGELEITET
VON
EDUARD BERNSTEIN

NEUNTER BAND:

DAS SYSTEM DER ERWORBENEN RECHTE
I, 1

VERLEGT BEI PAUL CASSIRER, BERLIN
1920

DRUCK VON OSCAR BRANDSTETTER, LEIPZIG

VORBEMERKUNG DES HERAUSGEBERS.

Über den wissenschaftlichen Zweck und die leitenden Grundgedanken seines Werkes „Das System der erworbenen Rechte“ hat sich Lassalle in der Vorrede und der Einleitung zu diesem Werk so klar und eingehend ausgesprochen, daß es mir unangebracht erscheint, an dieser Stelle, wo der Leser beide Stücke wie das Werk selbst vor sich hat, noch hierüber Erklärendes geben zu wollen. Dagegen werden einige Bemerkungen über die allgemeine Bedeutung der Arbeit und ihren speziell politischen Zweck eher am Platze sein. Zwar hat, was das letztere betrifft, Lassalle in der Vorrede und an verschiedenen Stellen des Werkes deutlich genug zu erkennen gegeben, daß es in hohem Grade auf die Praxis der Politik und des Rechtes einwirken sollte. Gleich die ersten Sätze der Vorrede verkünden diesen Zweck in nicht mißzuverstehender Sprache. Aber Lassalle beschränkt sich dort und weiterhin doch vornehmlich auf Niederlegung von Sätzen mehr allgemeiner Natur, während er sich in Briefen und jedenfalls auch mündlich sehr viel bestimmter über die ihm für die Kämpfe der Zeit vorschwebenden speziellen Anwendungen der rechtstheoretischen Grundsätze ausgesprochen hat, die er in dieser Schrift entwickelt.

Von seinen schriftlichen Äußerungen in diesem Sinne ist wohl die unumwundenste sein undatierter, aber gemäß seinem Inhalt vom Herbst 1860 herrührender Brief an den damals mit ihm befreundeten, demokratisch gesinnten Berliner Verlagsbuchhändler Franz Duncker, worin er diesem das Werk zum Verlag anbot. Lassalle setzt dort

Duncker auseinander, daß und warum keiner der ihm bekannten lebenden Autoren dies Buch habe schreiben können, erklärt von letzterem, daß es eine völlige Revolution auf dem Gebiete der gesamten Rechtswissenschaft hervorbringen werde, und fährt dann fort:

„Das Buch wird, sowie es herrschende Lehre wird und daß es diese wird, daran ist gar nicht zu zweifeln; es ist nur fraglich, um wieviel früher oder um wieviel später — ein unentbehrliches Buch für alle praktischen Juristen, Richter, Advokaten, Referendare etc. und zwar für die Landrechtler wie Gemeinrechtler wie die Juristen des Code Napoléon. Dies ist Eins.

„Das Zweite ist, daß es ebenso wie wissenschaftlichen, ebenso absolut revolutionären Inhalts ist. Die revolutionäre Idee ist eben darin zur Wissenschaft verarbeitet und als die wissenschaftliche Idee nachgewiesen. Am besten wird Ihnen die absolut-politische Bedeutung des Buches einleuchten, wenn ich Ihnen kurz den Satz gebe, in den ich gegen das Ende meiner Einleitung mein Thema zusammenfaßte: ‚Der inhaltliche Gedanke unseres Themas ist in seiner höchsten und allgemeinsten Auffassung kein anderer als der Gedanke, der aus der Rechtsidee selbst hervorfließt und der ihr entsprechenden Hinüberführung eines alten Rechtszustandes in einen neuen.' Wie hieraus schon erhellt, mußte ich also auf alle politischen Fragen und das politische Material mit großer Genauigkeit eingehen. Sie wissen, welche Wut der Streit über die „erworbenen Rechte" z. B. beim Jagdgesetz, Zehntenumwandlungen, Grundsteuer etc. erregt hat. Alles dies findet sich hier geschlichtet, aus dem innersten Zentralpunkt heraus. Dabei bin ich mit der größten Unparteilichkeit der Welt, wie sie der Wissenschaft gebührt, zu Werke ge-

gangen, habe z. B. nicht Anstand genommen, das Falsche im Jagdgesetz der 48er Nationalversammlung und das relativ-theoretisch Berechtigte des Geheules des Herrengesindels aufzuzeigen. Freilich konnte ich auch solche pflichtmäßige wissenschaftliche Unparteilichkeit ohne große Überwindung üben, da ich mit derselben Hand 66 mal mehr nahm, als gab.

„Die Folge von diesem ist, daß, zumal bei den Zeitläuften, kein Kammermensch oder Politikus das Buch wird entbehren können, wenn dasselbe erst zu einiger Bekanntheit gekommen sein wird.

„Die Folge ist, sage ich, daß das Buch zwar durchaus keine so „reine" Anerkennung wie der Heraklit finden wird, daß es dagegen eine Welt in Liebe und Haß teilen, Gegenstand unzähliger Angriffe und Verfluchungen und ebenso großer Akklamation sein und aus diesem Grunde auch ganz anders gekauft werden wird.

„Der dritte Umstand ist, daß das Buch ebenso wie politisch-, auch s o z i a l - r e v o l u t i o n ä r nach seinem Gesamtresultat ist. Im zweiten Teil, der das Wesen des römischen und des germanischen Erbrechtes enthält — letzteres konnte gar nicht verstanden werden, solange das erstere es nicht wurde — und vorherrschend theoretisch ist, findet sich als Resultat die Auflösung alles testamentarischen Rechtes; aber nicht mit subjektivem Kritizismus und negativer Polemik bin ich zu Werke gegangen, sondern positiv darstellend, aus der archäologischen Rumpelkammer des alten Roms und der gesamten universalgeschichtlichen Bewegung die Waffen schmiedend für die modernsten Zwecke.

„Ich habe überhaupt, was bisher fehlte, gänzlich fehlte, und sich in seinem Mangel so schwer fühlbar

machte, die feste Burg eines wissenschaftlichen Rechtssystems für Revolution und Sozialismus, in seinem besten und erhabensten Sinne, zu erbauen gesucht, aus welcher Burg wir dann unsere weiteren Ausfälle auf die einzelnen Dörfer machen können, und ich glaube, dieser Bau ist mir prächtig gelungen und aus reinem Stahl gegossen."

Niemals aber, schließt Lassalle, sei ihm die Einheit der Wissenschaften „mit größerer Andacht zum Bewußtsein gekommen, als bei der Abfassung dieses Werkes."

Wie sehr Lassalle glaubte, in ihm der reinen Wissenschaft, der Philosophie, einen Triumph bereitet zu haben, geht aus seinem Briefe an den Geheimrat Johannes Schulze hervor, der ein begeisterter Schüler Hegels war. „Es handelt sich darum," schreibt er ihm, „die Fahne unseres unsterblichen Meisters Hegel Schlag auf Schlag, es handelt sich darum, sie überall zum Siege zu führen." Und weiterhin: „Gelingt es den Juristen nicht, diese beiden Bände zu widerlegen — und ich glaube, daß ihnen das unmöglich gelingen wird —, so bleibt ihnen wissenschaftlich nichts übrig, als sich auf Gnade und Ungnade an die Philosophie zu ergeben und einzugestehen, daß sie bisher auch nicht das geringste von ihrem eigenen Stoffe verstanden."

Mehr auf den praktisch-politischen Zweck des Werkes bezieht sich eine Stelle aus einem Briefe Lassalles an Karl Marx vom Juli 1861. Marx hatte, als ihm von Lassalle das Buch zugegangen war, zuerst dessen zweiten Band gelesen, der vom germanischen und deutschen Erbrecht handelt, und dies Lassalle gegenüber damit begründet, daß dieser rechtshistorische Gegenstand ihm näher liege, als der spezifisch rechtstheoretische Fragen behandelnde erste Band. Darauf antwortet Lassalle, ob das richtig

sei, werde sich erst finden, nachdem Marx den ersten Band gelesen haben werde. Abgesehen davon, daß alle Paragraphen des ersten Bandes unerläßlich seien zur Erfassung des Systematischen des Werkes, — „liegen", schreibt er:

„die §§ 7 und 10 keinem Menschen näher als Dir gerade. Sie sind die beiden Hauptpfeiler des ersten Bandes, zu deren systematischem Nachweis, in Verbindung mit § 1, ich mich eigentlich ursprünglich entschlossen hatte, das ganze Werk zu schreiben, wie ich dann wieder mich entschloß, den ganzen zweiten Band zu schreiben zum systematischen Nachweis des § 2a im ersten Bande."

Von den genannten Paragraphen nun behandelt § 7 den begrifflichen und daran anschließend den tatsächlichen Einfluß der zwingenden Gesetze auf erworbene Rechte, die Frage der Entschädigung für aufgehobene Rechte und die Frage nach der Natur und Einteilung der absoluten Gesetze. Er enthält die überaus geistreiche Zurückweisung der Versuche des konservativen Rechtsphilosophen J. Stahl, erworbene Rechte für staatsrechtlich unantastbar zu erklären, eine Zurückweisung der Entschädigungstheorie des berühmten Juristen Savigny durch den Nachweis der inneren Widersprüche dieser Theorie, anschließend daran die Entwicklung der Grundgedanken einer von diesen Widersprüchen freien, dem Recht der Revolution wie dem positiven Recht entsprechenden eigenen Theorie der Entschädigung, sowie die lange Note über den geschichtlichen Gang der Begrenzung der Sphäre des Privateigentums, der Lassalle im Vorwort zu seiner Schrift Herr Bastiat-Schulze von Delitzsch ein Stück mit der Bemerkung entnimmt, es sei in gedrängter Zusammenfassung das Programm eines national-ökonomischen Werkes, das er in systematischer Form unter dem Titel „Grund-

linien einer systematischen Nationalökonomie" damals zu schreiben beabsichtigte. Die Note ist vom Schreiber dieses in den Auszügen aus dem System der erworbenen Rechte (Bd. III der „Vorwärts"-Ausgabe S. 791 ff.) als ein besonderer Abschnitt unter dem Titel „Lassalles geschichtsphilosophisches Programm" gesondert abgedruckt worden. Ob ihr dieser mir gerechtfertigt erscheinende Titel zukommt, mag der Leser nun selbst entscheiden. Welchen Wert Lassalle auf den § 7 legte, geht ferner aus dessen Bemerkung in seinem Briefe vom 25. Dezember 1862 an Karl Rodbertus hervor, wo er von dem gleichzeitig an diesen übersandten Exemplar des System etc. sagt:

> „Ich schicke Ihnen dasselbe hauptsächlich wegen des § 7 des ersten Bandes. Sie, wenn Sie diesen Paragraphen lesen, werden wissen, was damit erreicht und gegeben ist!"

Die Frage, ob und unter welchen Bedingungen bisher prohibierte Willenshandlungen durch die Aufhebung der sie prohibierenden Gesetze nachträglich Geltungskraft erlangen können, die der § 10 des ersten Bandes behandelt, ist, allein betrachtet, nicht von gleicher Bedeutung wie der Inhalt des § 7. Aber da ihre Erörterung, wie Lassalle schreibt, die begriffliche Gegenprobe bildet für die Richtigkeit des im § 7 usw. Ausgeführten, gehört sie sachlich noch zu diesem.

Der im § 2a aufgestellte und eingehend erläuterte Satz, „daß alle Erbschaft einen nicht durch den bloßen Willen eines Dritten oder ein Naturereignis (Tod) eintretenden, sondern einen auf der eigenen individuellen Willensaktion des Erben beruhenden Erwerb" darstelle, leitet unmittelbar zum zweiten Teil des Werkes über, der dem Nachweis gewidmet ist, daß dies der dem römischen Erbrecht zugrunde liegende und dem römischen Volksgeist, wie er

im Kultus der Laren und Manen zum Ausdruck komme, naturgemäß wurzelnde Rechtsgedanke sei, auf den allein sich das Rechtsinstitut des Testaments folgerichtig habe ausbilden können. Es haben das die Nationen, die das Testamentsrecht später aus dem römischen Recht entnahmen, meint Lassalle, vollständig übersehen, so daß es bei ihnen eine „kompakte theoretische Unmöglichkeit" darstelle.

Lassalle hat auf diesen Nachweis so großen Wert gelegt und ihm so umfassendes Studium gewidmet, daß man es versteht, wenn er mit ihm eine bedeutungsvollere wissenschaftliche Leistung vollbracht zu haben glaubte, als mit dem ersten Band. Und als geistige Leistung wird man sie auch höher einschätzen dürfen. Der große juristische Scharfsinn und die bestrickende Geschlossenheit im gedanklichen Aufbau der Theorie, von denen der erste Band zeugt, begegnen uns auch im zweiten Band, der jenen jedoch in bezug auf Quellenforschung und Feinheit der Analysen noch überragt. Ich kann auch heute nur wiederholen, was ich 1893 von ihm schrieb: „In seiner Art ein grandioses Werk." Indes, wie damals muß ich auch heute hinzufügen: „Aber als Ganzes zugleich ein grandioser Irrtum."

Als ein solcher ist er auch von Rechtshistorikern von Fach hingestellt worden. So nannte ihn der sehr namhafte Jurist und Verfasser des Werkes: „Der Zweck im Recht", Rudolf von Jhering, als er kurz nach Erscheinen des Buches dieses in der Preußischen Gerichtszeitung besprach, „eine Verirrung der Spekulation" und beantwortete den Versuch des Herausgebers jener Zeitschrift, gegen die spottenden Bemerkungen in Jherings Kritik Lassalles wissenschaftliches Ansehen zu retten, mit den begütigenden Worten: „Auf den Klippen lassen sich nur die Gemsen und Steinböcke, nicht die Schafe antreffen."

Aber die Kritik Jherings und anderer Rechtsgelehrten geht auf Auslegungen des juristischen Stoffes durch Lassalle, über die ich mir als Laie kein Urteil erlauben kann. Daß Lassalle sich leicht dazu verleiten ließ, einer Beweisführung zuliebe den Tatsachen Gewalt anzutun, und in dieser Kunst Meister war, weiß jeder, der seine Schriften kennt. Indes nicht mit den Auslegungen der auf das Erbrecht im einzelnen bezüglichen Institutionen des Römischen Rechtes habe ich es zu tun. Was mir vor allem verfehlt erscheint, ist der Ausgangspunkt der Lassalleschen Untersuchung. Lassalle will nachweisen, daß das römische Erbrecht und seine Entwicklung zum Unterschied vom germanischen Erbrecht in einem ganz besonderen Volksgeist wurzeln, der zuletzt auf die von den Pelasgern übernommene Mythologie zurückgeht. So berechtigt es nun ist, Rückwirkungen von Besonderheiten des Volksgeistes im Recht des in Frage kommenden Volkes nachzuforschen und, wo sich solche feststellen lassen, sie aufzudecken, so schließt sich Lassalle den Weg zu überzeugenden Schlüssen dadurch ab, daß er es bei dem aus der Mythologie abgeleiteten Volksgeist und Begriffen für die ganze, über tausend Jahre währende Zeit der Entwicklung des Römischen Rechtes bewenden läßt, die für die Entwicklung des Rechtes so wichtige Frage der Rückwirkung der Gesellschaftszustände des Volkes und ihrer Entwicklung auf sie dagegen gar nicht berücksichtigt. Zu welch falschen, die Dinge geradezu auf den Kopf stellenden Behauptungen er dadurch gelangt, ist vom Schreiber dieses in der Schrift „Ferdinand Lassalle, eine Würdigung des Lehrers und Kämpfers", Seite 114 ff., aufgezeigt, und ich darf hier wohl auf das dort darüber Ausgeführte verweisen. Wie wenig das römische Erbrecht von Grund aus ein spezifisches Erzeugnis des besonderen römischen Volks-

geistes war, geht u. a. aus der Tatsache hervor, daß die Intestat-Erbfolge, wie sie um das Jahr 450 vor unserer Zeitrechnung die römischen Zwölftafelgesetze aufstellen, in fast allen wesentlichen Punkten mit der 140 Jahre früher in Athen von Solon festgesetzten und der auf tausend Jahre früher zurückgehenden mosaischen Gesetzgebung übereinstimmt, und daß ferner die Germanen, als sie mit den Römern in nähere Beziehung traten, in Verbindung mit dem Aufstieg aus der Mittelstufe zur Oberstufe der Barbarei gerade die Entwicklung vom Mutterrecht zum Vaterrecht durchmachten, die zu einer jenem römischen Intestaterbrecht durchaus ähnlichen Erbfolge führen mußte und zum Teil sogar schon geführt hatte. So erben zur Zeit des Tacitus bei den Germanen die Kinder vom Vater und, wo keine Kinder vorhanden sind, die Brüder und Onkel des Vaters (die „Agnaten" des römischen Rechtes), zugleich aber auch die Brüder und Onkel der Mutter, was erkennen läßt, daß die Epoche des Mutterrechtes, in der diese beiden letzteren bei Kinderlosigkeit Erben sind, noch nicht lange überwunden sein konnte.

Es muß nun zu Lassalles Entschuldigung gesagt werden, daß der Zusammenhang der Entwicklung der Familie und des Familienrechtes mit der Entwicklung der Wirtschaft und der auf ihr sich aufbauenden Kultur zu seiner Zeit noch so wenig erforscht war, daß große Irrtümer in der Erklärung von Besonderheiten und Entwicklungen des Erbrechtes in der Geschichte verschiedener Völker unvermeidlich waren. Aber nicht daß er in Einzelheiten fehlgriff, macht die von Lassalle im zweiten Bande entwickelte Theorie zu einem so großen Irrtum, sondern daß er von Hause aus einen falschen Weg einschlug und niemals, was doch dem Sozialisten so nahelag, bei der Erörterung von Neuerungen im römischen Erbrecht dem

sozialen Bedürfnis nachforschte, das sie hervorgerufen haben konnte, sondern seinen ganzen Scharfsinn darauf verwandte, für die vorgefaßte Idee, daß das römische Testament durchgehends in erster Linie der Willensfortsetzung diene, Beweise zu finden.

In bezug auf das letztere sei indes bemerkt, daß, da in Rom das Vaterrecht schon zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung völlig entwickelt, der Vater so sehr unbeschränkter Herrscher über Frau und Kinder war, daß der ursprünglich nur den Besitz an Sklaven anzeigende Ausdruck „familia“ auf das ganze, der Gewalt des Vaters als Hausherrn unterstehende Personal des Hauses überging, das römische Erbrecht in der Tat eine Willensübertragung einschließt. Es wird beim Erbgang ein Herrschaftsrecht übertragen. Es mag daher, wenn auch beim Wort heres = der Erbe, die erste Silbe lang, beim Wort herus = der Herr sie aber kurz ist, trotzdem Lassalles Vermutung, daß beiden Wörtern ein gemeinsamer Ursprung zugrunde liege, nicht unbegründet sein, und der Spott der Kritik darüber, daß er den Unterschied in der Betonung der Silben ignorierte, mag für die Sache selbst nichts besagen. Außerdem bleibt die Tatsache bestehen, daß die Römer das Testament, wenn auch nicht erfunden, so doch bis zur äußersten Konsequenz entwickelt haben, daß sie ihm, wie freilich auch anderen Akten der Vermögensübertragung, eine mit Kultusvorstellungen verbundene religiöse Weihe gaben, und daß ferner ihr Testament mehr war als eine bloße Vermögensübertragung, sondern mit dieser auch die Übertragung von Kultus- usw. Verpflichtungen verknüpfte. Aber nichts liegt vor, was als beweiskräftig dafür gelten kann, daß das römische Erbrecht Willensübertragung war, bei der die Feststellung der gewissermaßen hypostasierten Willensunsterblichkeit die Hauptsache war

und die Vermögensübertragung als untergeordnet nebenherlief, und alle Folgerungen, die Lassalle aus seiner dies unterstellenden Theorie selbst ableitet oder andeutet, verlieren ihre wissenschaftliche Begründung.

Für die praktischen Folgerungen, auf die es Lassalle ankam, hatte das nun eigentlich herzlich wenig auf sich. Denn ob das Testament, das heißt das Recht der freien letztwilligen Verfügung, in der Gegenwart auf einem Mißverständnis des römischen Testamentes beruht oder nicht, ist für die Frage, ob es durch Gesetz einzuschränken oder ganz aufzuheben ist, oder ob testamentarisch überkommene Rechtsansprüche als erworbene Rechte besonderer Art zu respektieren sind, von keinem Belang. Die neuzeitliche Gesetzgebung hat nirgends das testamentarische Erbrecht oder das Erbrecht im allgemeinen als ein ganz außerhalb der Sphäre des allgemeinen Gesetzes stehendes Rechtsinstitut, sozusagen als Naturrecht behandelt, an dem nicht getastet werden dürfe. Sie hat es immer nur als ein aus bestimmten sozialen und ethischen Gründen möglichst von Einflüssen der Laune des Tages frei zu haltendes Recht behandelt. Daß aber auch solches Recht keine in alle Ewigkeit geltenden erworbenen Rechte schafft und wie die Fortentwicklung des Geistes gegen dahingehende Bestrebungen zu schützen ist, zeigt eben der erste Band des Werkes, und insbesondere dessen § 7, der vollkommen für alle praktischen Zwecke ausreicht, für die Lassalle den zweiten Band zu schreiben genötigt sein konnte.

Was Lassalle praktisch mit dem Werke wollte, hat von denen, die es nicht persönlich von ihm erfahren hatten, wohl niemand so klar ausgesprochen, wie Friedrich Albert Lange, der unterm 23. September 1863 in der „Süddeutschen Zeitung" schrieb:

„Lassalles ‚Theorie der erworbenen Rechte' — bei-

läufig gesagt nach meiner Ansicht eines der bedeutendsten Bücher der rechtsphilosophischen Literatur — enthält alle Momente, aus denen eine P r a x i s d e r e n t z o g e n e n R e c h t e hervorgehen kann, für den Verständigen klar dargelegt."

In seiner vielgelesenen Schrift: „Die Arbeiterfrage", nimmt Lange im Kapitel über Eigentum, Erbrecht und Bodenrechte auf Lassalles „System" Bezug und erklärt, daß dessen Ausführungen über die Gültigkeit erworbener Rechte für die späteren Zeiten „gewiß als die relativ richtigsten" werden anerkannt werden müssen. Und an seinen Freund, den Philosophen Fr. Überweg, macht Lange unterm 6. Februar 1865 Mitteilung von der „sehr interessanten Entdeckung", daß „die Grundgedanken von Lassalles System der erworbenen Rechte und manches andere, was jetzt bei Gelegenheit der Arbeiterfrage auftaucht, schon von Fichte 1793 in dem anonymen Schriftchen über die französische Revolution sehr scharf ausgesprochen wurden."

In der Tat beschäftigt sich Fichte in der Schrift, auf die Lange anspielt und die den Titel hat „Beiträge zur Berichtigung der Urteile des Publikums über die französische Revolution" unter anderem mit der Frage der erworbenen Rechte und entwickelt sehr umständlich, daß nur dort von solchen die Rede sein könne, wo ein auf dem individuellen W i l l e n der Beteiligten beruhender Vertrag vorliege, daß jedes andere Recht dagegen jederzeit ohne Entschädigung aufgehoben, — „zurückgefordert" — werden könne. Nur der eigene Wille verbindet, legt Fichte dar, „ein fremder Wille verbindet nie" (Gesamtausgabe von Fichtes Werken, Band 6, S. 113 und 164). Die Übereinstimmung des Grundgedankens der Formel, in die Lassalle den Begriff des erworbenen Rechtes, bzw. von

Rückwirkung und Nichtrückwirkung kleidet, — vgl. diesen Band, S. 119/121, — mit Fichtes Sätzen springt in die Augen. Und wenn Fichte weiter (a. a. O. S. 170 ff.) die Rechte der „unveränderten Geistigkeit" für „Urrechte der Menschheit" erklärt, die „unveräußerlich" seien, so sehen wir Lassalle genau in diesem Sinne ebenfalls gleich im Abschnitt über den Begriff und seine Bewährung S. 124 Freiheit des Denkens und Wollens für „unantastbare Grundbestimmungen" erklären, auf denen „alles Recht überhaupt" beruhe, so daß es „keinem Gesetzgeber zusteht, die menschliche Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit aufzuheben und den Geist als Sache zu setzen." Fast wörtlich mit Fichtes oben zitiertem Satz stimmt Lassalles Bemerkung auf Seite 128 überein, daß die Formel, wonach erworbene Rechte von neuen Gesetzen unberührt bleiben müssen, nur dann richtig sei, „wenn man unter erworbenen Rechten schlechthin nur solche versteht, die durch individuelle Willensaktionen erworben worden sind."

Trotz dieser und anderer Parallelstellen mit Fichteschen Sätzen und obwohl man bei Lassalles bekannter Vorliebe für Fichte fast sicher sein kann, daß ihm dessen Schrift über die französische Revolution nicht entgangen war, muß es doch dahingestellt bleiben, ob er wirklich durch sie zu seinem Werke angeregt worden ist. Wenigstens erwähnt er ihrer mit keinem Wort, sondern spricht immer nur von Hegel, den es auszubauen gelte. Außerdem hat es ihm an Anregungen, sich mit der Frage der erworbenen Rechte eingehender zu beschäftigen, auch sonst nicht gefehlt. Ganz sicher hat ihm zum Beispiel der Hatzfeldt-Handel mit seinen vielen Rechtsstreitigkeiten, bei denen das Rheinische Recht in Betracht kam, manche Veranlassung geboten, sich mit der Geschichte des Code Napo-

léon und der auf ihn bezüglichen Literatur der Franzosen zu beschäftigen, wo das Kapitel des Ausschlusses der Rückwirkung von Gesetzen eine große Rolle spielt. Es muß auch anerkannt werden, daß Fichte im wesentlichen bei rein rechtsphilosophischen Betrachtungen stehen bleibt und nur selten ein geschichtliches Beispiel heranzieht, Lassalle aber gerade die Verfolgung der Idee in der Geschichte des positiven Rechtes zum Hauptgegenstand dieses Teiles seiner Arbeit gemacht, für ihn ein ungeheuer reiches stoffliches Material mit großem Scharfsinn zergliedert hat. Immerhin bleibt die Übereinstimmung mit Fichte in der Formulierung des Leitgedankens des Systems bemerkenswert.

Die von Lassalle in dem Briefe an Franz Duncker ausgedrückte Überzeugung, daß sein Werk eines Tages den praktischen Juristen unentbehrlich sein werde, ist bisher nicht in Erfüllung gegangen. Es dürfte da wohl heute noch zutreffen, was ich 1893 in der auch im vorstehenden von mir benutzten Vorbemerkung zu den Auszügen aus dem „System" hinsichtlich der Aufnahme dieses Werkes schrieb:

„Trotz der großen Anerkennung, die es von seiten einzelner hervorragender Rechtsphilosophen gefunden, scheint es sich, wie Plener in seinem sehr unparteiischen und die Vorzüge des Werkes durchaus würdigenden Aufsatz über Ferdinand Lassalle in der Allgemeinen Deutschen Biographie schreibt, „keinen dauernden Platz in der juristischen Literatur erobert" zu haben. Von den Gründen, die Plener dafür angibt, gereichen übrigens die wesentlichsten Lassalle durchaus nicht zur Unehre. Er verweist auf die allgemeine Abneigung der Juristen gegen weitschichtige Konstruktionen, der gegenüber Lassalle mit seinem logischen Absolutismus nicht aufkommen konnte.

Mit anderen Worten, die — im weiteren Sinne des Wortes — konservative Denkweise der Juristen sträubte sich gegen den philosophischen Radikalismus, den Lassalles Werk atmet.

Der Ansicht Pleners steht die Bemerkung Lothar Buchers im Vorwort zu der 1880 erschienenen zweiten Auflage des „Systems" gegenüber, es werde, ‚die Kollision der Gesetze' — dies der Untertitel des ersten Bandes des „Systems" — „keinem Praktiker mit wissenschaftlichem Sinn mehr fremd und entbehrlich sein." Das ist indes so vorsichtig, man könnte sagen zweideutig ausgedrückt, daß sich irgend ein Schluß auf den Rang, den das Werk in der Rechtsliteratur heute einnimmt, nicht daraus ziehen läßt. Dasselbe gilt von dem Satze Buchers, der sich an den vorstehenden anschließt, und wo von der durch seine Berufstätigkeit vereitelten Absicht Buchers gesprochen wird, Belege davon beizubringen, wie das Werk, in der Rechtsprechung und Literatur gewirkt haben mag! Soweit der Schreiber dieses vom Stand der Dinge unterrichtet ist, glaubt er dieses orakelhafte „mag" dahin übersetzen zu dürfen, daß das „System" bzw. der die Theorie der erworbenen Rechte behandelnde erste Teil desselben zwar verschiedentlich inoffiziell benutzt worden ist, aber in keinem Gerichtshof offiziell anerkannt, in keinem autoratives Gewicht hat. —

„Größere Anerkennung als bei den Juristen," heißt es meinerseits weiter, „hat das ‚System' dagegen bei Ökonomen gefunden, insbesondere bei den Kathedersozialisten. Wir haben oben bereits auf die Anerkennung und Benutzung des ‚Systems' durch Friedrich Albert Lange hingewiesen, der freilich bedeutend weiter links stand als die Masse der Kathedersozialisten, immerhin aber ihnen zugezählt zu werden pflegt. Ziemlich gleichzeitig mit Lange

hatte Schäffle dem Buch eine größere wissenschaftliche Bedeutung zugesprochen, und Adolph Wagner hat, ohne die Quelle zu verschweigen, in seiner „Grundlegung der Volkswirtschaft" die Quintessenz der Lassalleschen Deduktionen zur Basis einer „nationalökonomischen Theorie der Enteignung" genommen. (Vgl. dazu Wagners Vorwort zu den Briefen Lassalles an Rodbertus.)

Ob freilich Lassalle an Wagners Theorie große Freude gehabt hätte, erscheint zweifelhaft, da Wagner in der Frage der Entschädigung für entzogene Rechte dem theoretischen Radikalismus Lassalles den Rücken kehrt und Kompromissen das Wort redet.

Lassalles System ist eine Versöhnung des positiven Rechtes mit der Revolution nur in der Gestalt, daß es dem ersteren die Notwendigkeit dartut, fortan im Geiste der Revolution zu funktionieren. Daher der Mißerfolg bei der Masse der praktischen Juristen. Daher aber auch die wohlwollende Aufnahme bei radikalen Politikern und Soziologen. Und daher, sei hinzugefügt, würde gerade in der unmittelbaren Gegenwart das System der erworbenen Rechte diejenige besondere Aktualität beanspruchen, die Lassalle bei dessen Abfassung vorschwebte.

Deutschland befindet sich jetzt in der Revolution, und seine Gesetzgeber stehen immer wieder vor Fragen, bei denen sie sich darüber klar zu werden haben, ob sie bestimmte abzuschaffende Rechte noch als erworbene Rechte zu behandeln oder als durch die Kundgebung des allgemeinen Geistes schon prohibiert, also ohne Entschädigung ablösbar zu betrachten haben. Es müßte dann gemäß den Darlegungen Lassalles gegebenenfalls dem 9. November 1918 eine ähnliche Bedeutung zukommen, wie in der großen französischen Revolution dem 14. Juli 1789.

Erfordernis ist dabei Übereinstimmung der Vertreter

der Revolution, beziehungsweise Vorhandensein einer autoritativen Deklaration über den geschichtlichen Sinn der Erhebung vom 9. November 1918. Über ihn gehen nun freilich die Meinungen sehr auseinander, herrscht selbst in der Sozialdemokratie nicht Einigkeit. Indes werden solche Fragen auch nicht danach entschieden, was einzelne Parteien in der Erhebung gewollt oder von ihr erwartet hatten, sondern nach dem, was die Nation in ihrer Mehrheit von ihr akzeptierte. Und da können als unzweifelhaft durch den 9. November 1918 in Deutschland prohibiert erklärt werden das monarchistische Regierungssystem und die mit ihm verbundenen dynastischen Eigentumsrechte.

Vielfach haben denn auch die auf Grund des neuen Rechtes gewählten gesetzgebenden Körperschaften bei den vermögensrechtlichen Auseinandersetzungen mit den abgesetzten Dynastien aus dem natürlichen Rechtsgefühl heraus nach ähnlichen Grundsätzen, wie Lassalle sie entwickelt, zwischen ablösbarem und verfallenem Besitz unterschieden. Es sind aber noch Fälle unerledigt, bei denen man mit Frucht Lassalles scharfsinnige Ausführungen über die Theorie der Entschädigung wird benutzen können.

Einen anderen Verlauf als die deutsche Revolution hat bisher die Revolution in Rußland genommen. Daher erscheinen einige Bemerkungen über ihre Behandlung unserer Frage angezeigt.

Ob man mit Bezug auf die vermögensrechtlichen Maßnahmen der Bolschewisten Rußlands von irgend einem leitenden Rechtsgedanken im Sinne von Lassalles Theorie sprechen kann, erscheint mir zweifelhaft. Allerdings haben auch sie bei ihren Expropriationen unterschieden. Aber sie haben die Linie nicht danach gezogen, daß Rechte für verfallen erklärt wurden und Eigentum kurzweg konfis-

ziert ward, weil sie zu Hemmungen der allgemeinen Entwicklung geworden waren und ihrem Geist widersprachen, sondern sie konfiszierten ohne Rücksicht auf die Entwicklungshöhe des Landes zugunsten einer ausgedachten sozialistischen Umgestaltung der Gesellschaft. Außerdem stehen sie dem Lande nicht als anerkannte Vertreter des allgemeinen Willens, sondern als erobernde Partei gegenüber, die mittelst organisierter Gewalt jede Opposotion darniederhält. Gleichviel wie man dies um des Zweckes halber rechtfertigen mag, so ist so viel unabweisbar, ihr Recht ist nicht der Ausdruck des Sinnes der russischen Revolution selbst und hat daher mit dem revolutionären Rechtsgedanken Lassalles nicht mehr zu tun als seinerzeit das Recht der Spanier, die sich das Reich der Inca unterwarfen.

Auch wenn das System der erworbenen Rechte auf Wissenschaft und Praxis nicht diejenige Wirkung ausgeübt hat, die sich Lassalle von ihm versprach, so ist es darum doch nicht vergebens geschrieben worden. Nur als Ganzes ist der zweite Band grandioser Irrtum, im einzelnen enthält er sehr wertvolle Untersuchungen, die sicherlich nicht ohne fruchtbringende Wirkung geblieben sind. Der erste Band aber kann noch heute nicht als überlebt bezeichnet werden. Für eine revolutionäre Zeit ausgearbeitet, können die in ihm niedergelegten Rechtsgedanken bei wichtigen Entscheidungen der Gegenwart und Zukunft dem Gesetzgeber und dem rechtverteidigenden wie dem rechtsprechenden Gesetzesanwender die Leitung geben. Glaube man nicht, daß es gleichgültig sei, wie in einer revolutionären Epoche das Recht gehandhabt wird und daß es der Gipfel radikalen Vorgehens sei, nichts als die Macht, die man erobert hat, sprechen zu lassen. Das Brutale ist nur scheinbar das Radikale, denn die Ge-

schichte und jetzt wieder die Gegenwart haben uns Beispiele genug geliefert, wo die Politik der über jedes Recht sich hinwegsetzenden Gewalt nur zerstörerisch gewirkt, nur Elend im Gefolge gehabt hat. Radikal im politischen Sinne ist aber nur, was zugleich schöpferisch wirkt, und schöpferisches Wirken ist in großem Umfange nur dort möglich, kann sich nur dort ersprießlich geltend machen, wo Recht obwaltet. Was ich vor 27 Jahren am Schlusse meiner Vorbemerkung zu den Auszügen aus dem System der erworbenen Rechte ausführte, kann ich daher hier nur wiederholen:

„Wie revolutionär man sich immer die Übergangsepoche von der bürgerlichen zur sozialistischen Gesellschaft denken mag, sie wird nicht die eines unvermittelten Sprunges von der einen in die andere Gesellschaftsform sein, und wie weitreichende Eingriffe in das Gebiet bisheriger Eigentumsprivilegien man dabei auch voraussetzen mag, es werden nicht die sinnlos waltender brutaler Gewalt sein können, sondern der Ausdruck einer bestimmten, wenn auch neuen und sich mit elementarer Kraft geltend machenden Rechtsidee sein. Es wäre Wahnsinn, von einer plötzlichen, gewaltsamen Aufhebung a l l e n Eigentums, von Annullierung aller Rechtsbeziehungen zu träumen. Die Erörterung des Grundgedankens einer Enteignungstheorie, und um eine solche im weiteren Sinne handelt es sich in der Tat im „System der erworbenen Rechte", die durchaus revolutionär ist und doch zugleich dem positiven Recht gerecht wird, kann daher auch für Parteigänger des revolutionären Sozialismus keine verlorene Mühe sein."

B e r l i n - S c h ö n e b e r g , April 1920.

E d. B e r n s t e i n.

DAS SYSTEM
DER ERWORBENEN RECHTE

EINE VERSÖHNUNG DES POSITIVEN
RECHTS UND DER RECHTSPHILOSOPHIE

VON

FERDINAND LASSALLE

IN ZWEI TEILEN

ERSTER TEIL

DER ERSTE ABDRUCK ERSCHIEN
IM VERLAG VON F. A. BROCKHAUS, LEIPZIG 1861

DIE THEORIE DER ERWORBENEN RECHTE UND DER COLLISION DER GESETZE

UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG
DES RÖMISCHEN, FRANZÖSISCHEN UND
PREUSSISCHEN RECHTS

DARGESTELLT VON

FERDINAND LASSALLE

DER ERSTE ABDRUCK ERSCHIEN
IM VERLAG VON F. A. BROCKHAUS, LEIPZIG 1861

Τρέφονται γὰρ πάντες οἱ ἀνθρώπινοι νόμοι ὑπὸ ἑνὸς τοῦ θείου· κρατεῖ γὰρ τοσοῦτον, ὁκόσον ἐθέλει καὶ ἐξαρκεῖ πᾶσι καὶ περιγίνεται.

Heraklit.

Et ego in hoc omni sermone nostro, quod ad cumque legis genus me disputatio nostra deduxerit, tractabo, quoad potero, ejus ipsius generis jus civile nostrum; sed ita, locus ut ipse notus sit, ex quo ducatur quaeque pars juris, ut non difficile sit, qui modo ingenio possit moveri, quaecumque nova causa consultatione acciderit, ejus tenere jus, cum sciat a quo sit capite repetendum.

Cicero, De legg., II, 18.

MEINEM VATER

ZU SEINEM SIEBZIGSTEN GEBURTSTAGE

IN LIEBE UND DANKBARKEIT

GEWIDMET

VORREDE.

Wenn das nachfolgende Werk seine Aufgabe wahrhaft gelöst haben soll, so kann und darf es in seinem letzten Resultate nichts Geringeres sein, als die rechtswissenschaftliche Herausringung des unserer ganzen Zeitperiode zugrunde liegenden politisch-sozialen Gedankens. Diese Behauptung kann im ersten Augenblick paradox, der Zusammenhang eines rechtswissenschaftlichen Werkes, welches rein und streng als solches auftritt, mit dem politischen Zeitgedanken unklar erscheinen. Die tiefere Notwendigkeit desselben ergibt sich nichtsdestoweniger schon aus einer kurzen Betrachtung.

Was ist es, das den innersten Grund unserer politischen und sozialen Kämpfe bildet? Der Begriff des erworbenen Rechtes ist wieder einmal streitig geworden — und dieser Streit ist es, der das Herz der heutigen Welt durchzittert und die tief inwendigste Grundlage der politisch-sozialen Kämpfe des Jahrhunderts bildet!

Im Juristischen, Politischen, Ökonomischen ist der Begriff des erworbenen Rechtes der treibende Springquell aller weiteren Gestaltung, und wo sich das Juristische als das Privatrechtliche völlig von dem Politischen abzulösen scheint, da ist es noch viel politischer als das Politische selbst, denn da ist es das soziale Element.

Aber die bloße Notwendigkeit, hierauf erst noch hinzuweisen, zeigt nur, in welcher geistlosen Verflachung und Oberflächlichkeit der Begriff des Politischen von den

Wortführern der liberalen Bourgeoisie gefaßt wird, und ist nur ein Ausfluß hiervon. Die Isoliertheit, in welcher die liberale Bourgeoisie das Politische auffaßt, ist es, welche ihren Standpunkt und Geisteshorizont charakterisiert und die Natur ihrer Leistungen bedingt. Diese Isoliertheit ist es, welche zugleich ihren politischen Diatriben jenen erstaunlich langweiligen, kannegießernden Anstrich verleiht; sie ist es, welche sie zwingt, da sie niemals von der Universalität des Geistigen eine Ahnung erlangt und sich des politischen Inhaltes nur in jener toten Abgerissenheit zu bemächtigen sucht, in welcher das Geistige sein Leben und sein Verständnis eingebüßt hat, sich an bloße Worte hinzuverlieren und auf Worten, mit Worten und für Worte zu kämpfen!

Dieser Wortkultus kann natürlich nicht umhin, zu einem gänzlichen Verlust jedes Gedankeninhaltes und in dessen Folge zu den ergötzlichsten Verwirrungen zu führen. So gilt in Deutschland bekanntlich Savigny, der Chef der historischen Schule, als ein Hauptrepräsentant der reaktionären Partei, während seine Prinzipien über die erworbenen Rechte noch wahrhaft revolutionär und umwälzend zu nennen wären neben der lächerlich widerspruchsvollen Stellung, welche von den Vertretern des Liberalismus in der Rechtswissenschaft hierbei eingenommen wird. Als ein Beleg dieses ergötzlichen Gegensatzes, als ein köstliches Beispiel dieser händeringenden Verwirrung und der komischsten Verstrickung in Widersprüche, die sich mit jedem Schritte selbst aufessen, kann der Artikel „Hausgesetze" von Jordan in Rotteck und Welckers „Staats-Lexikon" (1. Aufl., Altona 1839), dienen.

Eine wahrhafte Theorie der erworbenen Rechte wird daher immer, ob sie dies bezwecke oder nicht, nur denselben Gedanken, welcher die bewegende und treibende

Seele der gesamten Zeitperiode bildet — wir nehmen dieses Wort im Sinne der größten, umfassendsten Abschnitte und der entscheidendsten Wendepunkte des Geistes —, zur Wissenschaft erheben. Sie wird diesen Gedanken zur vollendeten Sichselbstdurchsichtigkeit bringen, ihn so aus seiner unmittelbaren, als Instinkt wirkenden Form befreien und sich seiner in seiner wahrhaften Gestalt und vollendeten Totalität bewußt werden. Sie wird ihn eben deshalb auch als das nachweisen müssen, was schon bisher der tätige, organische Bildungstrieb in der empirischen Rechtswirklichkeit war. Dies steht in keinem Widerspruche zu dem Vorigen. Das Anbrechen einer neuen Zeit besteht immer nur in dem erlangten Bewußtsein über das, was die bisher vorhandene Wirklichkeit an sich gewesen ist.

Gelänge es, wissenschaftlich nachzuweisen, daß der gesamte bisherige Rechtsstoff, und zwar der praktisch wie historisch vorhandene, seit seiner Entstehung zur Römerzeit, daß also das System des Rechtes selbst einer ganz anderen und höheren Durchsichtigkeit fähig ist als diejenige, welche ihm bisher gelang, so würde dann hierdurch zugleich auch das wahrhafte wissenschaftliche Symptom gegeben sein, daß die Rechtswirklichkeit im Begriff ist, einer absolut entgegengesetzten Gestalt zuzueilen. Denn zu ihrem bewußten Ausgangspunkte das nehmend, was bisher, und seit ihren ältesten Grundlagen, nur ein unbewußt wirkender Trieb in ihr war, muß sie vermöge der Konsequenz des sich in freier Bewußtheit verwirklichenden Gedankens sich notwendig und in allen ihren Grundlagen zu einem ebenso absolut entgegengesetzten äußeren Bau gestalten, als sie innerlich in engster Kontinuität mit ihrer Vergangenheit steht. Es würde somit das wissenschaftliche Symptom gegeben sein, daß innerlich

eine *totale* Umwandlungsperiode, die Zeit einer *Weltwende* für die Rechtswirklichkeit eingetreten ist.

Es ist nicht unsere Absicht — und wäre, selbst wenn wir es beabsichtigten, nicht einmal möglich — eingehender, als hier geschehen, dies klarzulegen. Das wahrhafte Verständnis des Gesagten kann sich erst ergeben, wenn nach der Lektüre des ganzen Werkes ein Blick auf diese Vorrede zurückgeworfen wird, wie denn jede *Vorrede* für den Autor vielmehr eine *Nachrede* ist, und es eben kein günstiges Zeichen für das Werk selbst ist, wenn diese Nachrede über das Verhältnis des Werkes zur Wissenschaft dem Leser verständlich und durchsichtig ist, ohne daß er das Werk kennt. Denn es wäre dann hierdurch jedenfalls schon der Beweis gegeben, daß durch das Werk in dem inneren Bau der Wissenschaft nichts von Bedeutung geändert ist.

Wir wenden uns daher einem anderen Punkte zu, demjenigen, das notwendige Mißverhältnis anzudeuten, in welchem der *Titel* dieses Werkes zu seinem *Inhalt* steht. Das Werk enthält, sei es nun des Gelungenen, sei es des Mißlungenen, jedenfalls unendlich mehr, als sein Titel ahnen läßt, und wir nennen dieses Mißverhältnis ein notwendiges.

Wer eine *Theorie* der erworbenen Rechte schreiben will, wird nämlich notwendig sehr bald entdecken, daß dies Unternehmen nur ausführbar ist, wenn zuvor die einzelnen *positiven Rechtsinstitute* selbst in ihrem wahrhaften Wesen erkannt sind. Allein dies war bisher keineswegs der Fall, und wir waren daher genötigt, auch noch die eigenen Grundlagen und *Voraussetzungen* unseres Werkes in demselben aufzuführen. So mußten wir die Institute des dolus und Zwanges, Irrtum und Unwissenheit, ignorantia juris und facti, Irrtum in der Substanz und

in den Motiven, die ädilizischen Klagen und die Kondiktionen, den Quasikontrakt und die negotiorum gestio usw., und vor allem das Erbrecht, zu ihrer begrifflichen Erkenntnis und Darstellung bringen, wenn es möglich sein sollte, eine wissenschaftliche Theorie der erworbenen Rechte zu entwickeln.

Es ist ein nur zu erklärliches Wunder, wenn bisher von allen diesen Rechtsinstituten und von so vielen anderen kein einziges erkannt war. —

Es sind jetzt über vierzig Jahre her, daß Hegel die erste Ausgabe seiner „Rechtsphilosophie" erscheinen ließ. Dies Werk konnte nach den gesamten Grundbedingungen seines Erscheinens als der erste Versuch, das Recht als einen vernünftigen, sich aus sich selbst entwickelnden Organismus nachzuweisen, zur wirklichen Rechtsphilosophie gar kein anderes Verhältnis einnehmen, als etwa die allgemeine logische Disposition eines Werkes zu dem Werke selbst. Hegel legte den Plan des Werkes, er gab seine allgemeinsten Grundgliederungen; und wie beschaffen dieser Plan immer sei, es bleibt dies ein großes und hinreichendes Verdienst für den ersten Autor, der ohnehin bei der Universalität seiner Aufgabe sich keiner Spezialmaterie ausschließender hingeben konnte. Die nächste Aufgabe der Hegelschen Philosophie wäre nun gewesen, die Disposition zum Werke auszuführen, d. h. zunächst eine Philosophie des Privatrechtes zu schreiben und die gesamten realen und positiven Institute desselben zu entwickeln. Hierzu ist nicht einmal ein Versuch gemacht worden! Es fehlte nicht an Rechtsphilosophien, aber man begnügte sich, die Hegelsche Rechtsphilosophie mit Abänderung, Verschiebung und in der Regel Verschlechterung irgendeines Dütelchens und Pünktchens zu wiederholen. Statt in den Reichtum des

positiven Rechtsmaterials einzudringen und ihn begreifend zu gestalten, statt die positive Rechtswissenschaft selbst vom philosophischen Gedanken aus zu entwickeln und zu erzeugen, begnügten sich die Philosophen, im Himmel ihrer allgemeinen Redensarten der groben Erde des realen Rechtsstoffes so fern wie möglich zu bleiben. Sie begnügten sich, statt an das Werk selbst zu gehen, die Hegelsche Disposition zum Werke immer wieder zu repetieren, jene dünnsten, allgemeinen Grundlinien, wie Eigentum, Vertrag usw., immer von neuem abzuhaspeln. So kam es, daß nicht einmal die schwächsten und naheliegendsten Fortschritte gemacht, nicht einmal der Quasikontrakt, die negotiorum gestio, geschweige denn die ädilizischen Klagen, die Wirksamkeit und Unwirksamkeit des Irrtums usw. erklärt wurden, weil dies bei Hegel nicht geschehen war, so notwendig und unvermeidlich dies auch für die Erkenntnis des Willensbegriffes selbst, dessen Entwicklung und Darstellung die Rechtsphilosophie nur ist, gewesen wäre. Wir haben hierbei nicht Rechtsphilosophien vor Augen, wie z. B. vor kurzem eine von Adolf Trendelenburg erschien. Solche Werke sind jedenfalls, wie sie auch ausfallen mögen, die ungeheuere Gedankenanstrengung, das Recht als eine vernünftige Totalität in unabhängiger und eigentümlicher Weise zu begreifen, und können deshalb, wie Hegel selbst, bei ganz allgemeinen Grundzügen stehen bleiben. Wir sprechen ausschließlich von den Hegelianern. Sie gerade, für welche die philosophische Methode und die Auffassung des Rechtssystemes überhaupt, sie, für welche sogar die ganze Architektonik und Gliederung der Rechtsphilosophie eine bereits von Hegel gegebene und aus ihm beibehaltene war, — für sie gerade hatte es nur dann einen Sinn, eine Rechtsphilosophie zu schreiben, wenn sie sich zum Eindringen

in den positiven Rechtsstoff und in die Realität der Institute des Privatrechtes, wenn sie sich zur philosophischen Erzeugung der positiven Rechtswissenschaft entschlossen hätten.

Nichts von alledem geschah oder wurde auch nur versucht. Es ging der Hegelschen Philosophie in bezug auf das jus, wie es ihr fast in bezug auf alle Fächer der realen Wissenschaften, mit Ausnahme der Theologie und etwa der Ästhetik, erging. Wenn man früher in der Natur von einem horror vacui sprach, so herrschte allen Ernstes bei den Hegelianern ein horror pleni, ein Grauen vor dem positiven Stoffe und seiner unnahbaren Fülle, während doch gerade nur aus dem konkreten Detail des Empirischen die Wahrheit erkannt werden, und auch nur in ihm die Schärfe ihres Beweises finden kann. Freilich ist die empirische Wissenschaft ein weit schwerer zu erlangendes und auch ein weit unnachgiebigeres und somit in beiden Beziehungen weit unbequemeres Element als der geschmeidige Äther allgemeiner Redensarten. So ist es denn dahin gekommen, daß — was der gute Genius der deutschen Nation verhüten möge — aus der Hegelschen Philosophie selbst, dieser Quintessenz aller Wissenschaftlichkeit, sich eine neue literarische Schöngeisterei zu erzeugen, daß sie sich in eine neue belletristische Geistreichigkeitsbrühe zu verwandeln droht, die man den unbegriffenen und ungewußten Dingen aufgießt!

Hegel selbst und seine Philosophie tragen hieran keine Schuld. Auf allen Seiten seiner Werke hat Hegel stets unermüdlich hervorgehoben, daß die Philosophie identisch mit der Totalität der Empirie sei, daß die Philosophie nichts so sehr erfordere, als die Vertiefung in die empirischen Wissenschaften. Mit hohem Recht rief in geistreicher Wendung ein Freund Hegels an dessen Grabe

den Hegelianern zu: Alexander der Große sei tot, und es sei jetzt Pflicht seiner Generäle, sich in sein Reich zu teilen. Allein um sich in dies Universalreich zu teilen, das von Hegel nur im allgemeinen in Besitz genommen war, hätten die Provinzen desselben nun im einzelnen von den Generälen realiter erobert werden müssen. Diese reale Eroberung unterblieb; notwendig konnte daher auch der allgemeine Besitzstand ebensowenig auf die Dauer behauptet werden, wie von jenen Nachfolgern Alexanders, und dies erklärt den Verfall und die Mißachtung, in welche die Philosophie gegenwärtig geraten ist. Ein bemerkenswerter Versuch wurde gerade in Beziehung auf das Recht in der Tat gemacht. Wir meinen das „Erbrecht" von Gans. Dieser Versuch war, wie wir im zweiten Teile unseres Werkes sehen werden, noch ganz abstrakt und verunglückt. Aber es war doch mindestens ein ernsthafter und realer, höchst anerkennenswerter Versuch. Man hätte ihn nicht oft wiederholen, nicht in ähnlichem Sinne sich auf andere Teile des Rechtsgebietes einlassen können, ohne sich allmählich an der Festigkeit des realen Stoffes zwangsweise auf den rechten Weg hinzustoßen. Allein es hatte hierbei sein Bewenden.

Hieraus erklärt sich das Verhältnis, das zwischen der Rechtsphilosophie und der positiven Rechtswissenschaft notwendig eintreten mußte. Die Hegelsche Philosophie hat den Anspruch einer Versöhnung zwischen Naturrecht und positivem Recht, den sie erhob und zu dem sie das allgemeine Grundprinzip in der Tat in sich enthält, keineswegs zur Erfüllung gebracht. Rechtsphilosophen und positive Juristen fahren daher fort, in derselben abstrakten und kaum voneinander Notiz nehmenden Stellung fortzuexistieren, wie jemals vor Hegels Zeit, ja in noch höherem Grade als in der Hegel selbst angehörenden

Periode. Denn es läßt sich nicht verkennen, daß sich z. B. in Savignys Werken überall ein Einfluß und ein Trieb philosophischen Denkens wahrnehmen läßt, wie er durchaus nicht in dieser Weise bei den meisten Späteren existiert. In dieser abstrakten Trennung voneinander war die Stellung der Rechtsphilosophen und der positiven Juristen natürlich gleichmäßig unerquicklich und notwendig resultatlos. Hatten die Rechtsphilosophen, im Himmel der allgemeinen Phrase stecken bleibend, das reale Reich des Rechtes grundsätzlich aufgegeben und sich von ihm zurückgezogen, hatten sie sich hierdurch selbst genötigt, auch in jenen allgemeinsten Grundlinien des Rechtes, die sie in den Kreis ihrer Betrachtung zogen, in die abstraktesten und falschesten Auffassungen zu verfallen, so blieben die positiven Juristen nach wie vor im empirischen Material als solchem befangen und allen den zahllosen Täuschungen hingegeben, in welche sich der Verstand, wenn er auf Erkenntnis des Geistigen ausgeht, bei jedem Schritt mit Notwendigkeit verstricken muß.

Nichtsdestoweniger erfordert die Gerechtigkeit, einzugestehen, daß in dieser Trennung die Rolle der positiven Juristen immer bei weitem die nützlichere war, wie sie auch die geringere Schuld trifft. Denn als Vertreter des Gedankens, welcher selbst das übergreifende Moment ist, hatten die Philosophen eben deshalb auch die Pflicht, in ihren Gegensatz überzugreifen, selbst zu positiven Juristen zu werden und das Stoffliche aus dem Gedanken zu erzeugen. Den Vertretern des Stoffes dagegen konnte es schon weit weniger verdacht werden, wenn sie das Beharren auf sich selbst, diese Eigenschaft alles Stoffes, auch hier zur Darstellung brachten. Selbst in dieser abstrakten Trennung führten sie wenigstens noch Bausteine herbei, brachten Material zusammen und leisteten vorbereitende

Dienste für spätere Erkenntnis. Der Stoff hat ohne den Gedanken immer noch einen relativen Wert, der Gedanke ohne den Stoff nur die Bedeutung einer Chimäre.

Und selbst alles, was zur Vergeistigung und Erkenntnis des Rechtsstoffes in den letzten zwanzig Jahren etwa noch geschehen ist, ist — man muß dies unverhüllt gestehen — immer von den empirischen Gelehrten, den positiven Juristen und Rechtshistorikern, nie von den Philosophen ausgegangen.

Die Impotenz, zu welcher diese gezwungen waren, kann nicht wundernehmen. Die Philosophie kann nichts sein als das Bewußtsein, welches die empirischen Wissenschaften über sich selbst erlangen. Dazu war somit vor allem erforderlich, daß die Philosophen zuvor selbst zu empirischen Gelehrten in diesen Fächern der Wissenschaft wurden, denen sie zum Bewußtsein über sich selbst verhelfen sollten. Mit Recht haben die positiven Juristen nichts mit größerem Mißtrauen und größerer Geringschätzung betrachtet, als die Versuche apriorischen Konstruierens von seiten solcher, die auf dem Felde dieses positiven Wissens keineswegs zu Hause waren, die statt in alle Rinnen und Furchen dieses Feldes eingelebt zu sein und aus ihnen heraus die Flammen des Lichtes schlagen zu lassen, das Feld als solches durch ein flüchtig von oben herabgeworfenes bengalisches Feuerwerk beleuchten wollten, eine Beleuchtung, die in ihren flüchtigen und ungewissen Umrissen nichts anderes zeigt, als wie groß und dunkel das Gebiet ist, das erleuchtet werden sollte.

Mit dem Erörterten hängt ein anderer Punkt von kapitaler Wichtigkeit zusammen.

Wenn die Rechtsphilosophen, statt, wie wir sagten, immer nur die schon von Hegel vollbrachte logische Disposition des Werkes bloß zu wiederholen, dazu über-

gegangen wären, die Disposition zum Werke auszuarbeiten, so würde hier, wie stets, gerade diese reelle Ausarbeitung gezeigt haben, was an jener Disposition selbst falsch und zu verändern sei. Hätten die Philosophen sich nicht darauf beschränkt, bei den dünnen allgemeinen Grundlinien der Hegelschen Rechtsphilosophie, Eigentum, Familie, Vertrag usw., stehen zu bleiben, wären sie dazu übergegangen, eine Philosophie des Privatrechtes in dem oben angedeuteten Sinne einer philosophischen Entwicklung der konkreten einzelnen Rechtsinstitute desselben zu schreiben, so würde sich an dem bestimmten Inhalt dieser einzelnen positiven Rechtsinstitute sofort herausgestellt haben, daß mit den abstrakt-allgemeinen Kategorien von Eigentum, Erbrecht, Vertrag, Familie usw. überhaupt nichts getan ist, daß der römische Eigentumsbegriff ein anderer ist als der germanische Eigentumsbegriff, der römische Erbtumsbegriff ein anderer als der germanische Erbtumsbegriff, der römische Familienbegriff ein anderer als der germanische Familienbegriff usw., d. h. daß die Rechtsphilosophie, als in das Reich des historischen Geistes gehörend, es nicht mit logisch-ewigen Kategorien zu tun hat, sondern daß die Rechtsinstitute nur die Realisationen historischer Geistesbegriffe, nur der Ausdruck des geistigen Inhaltes der verschiedenen historischen Volksgeister und Zeitperioden, und daher nur als solche zu begreifen sind.

Wir haben unsere Ansicht über das in Rede stehende Verhältnis, so viel daselbst bereits möglich war, gleich im Eingang unseres Werkes, S. 137 fg. des ersten Teiles, beiläufig erörtert; wir haben es an der Verschiedenheit des germanischen und römischen Eigentumsbegriffes flüchtig in der Note 1 zu S. 390 (vgl. Anwendungen sub Nr. II B., und Tl. 2, S. 757—802) dargelegt; wir haben es

in bezug auf den Familienbegriff im zweiten Teile sub Nr. XL und Nr. XXI fg., und S. 503, Note 1; wir haben es endlich eingehend und erschöpfend an dem Erbtumsbegriff durch den ganzen zweiten Teil dieses Werkes nachgewiesen.

Erst durch die gesamte reale Darstellung desselben wird zur Klarheit gebracht sein, was wir hier andeuten. Dann wird aber auch plastisch und gestaltend durch das Beispiel dieser Disziplin nachgewiesen sein, wie auch jene Hegelsche Disposition selbst, wie der gesamte Bau und die Architektonik der Hegelschen Rechtsphilosophie vollständig aufgegeben werden muß, und nichts von der Hegelschen Philosophie bewahrt werden kann, als ihre Grundprinzipien und ihre Methode, um die wahrhafte Rechtsphilosophie zu erzeugen, die dann mit der Rechtswissenschaft selbst identisch sein und zusammenfallen wird, während in ihrer jetzigen Trennung keine von beiden, weder die Rechtsphilosophie noch die positive Jurisprudenz, auf den Namen einer Wissenschaft wahren Anspruch machen kann.

Das Hegelsche System, in der Form, die ihm Hegel selbst gegeben hat, steht in bezug auf die Geistesphilosophie überhaupt überall in absoluter Inkongruenz zu den eigenen Prinzipien und der Methode der Hegelschen Philosophie. Dies in seiner Allgemeinheit zum wahrhaften Nachweis zu bringen, würde die Sache eines neuen Systems der Philosophie des Geistes sein, welches wir eines Tages, falls die Zeit theoretischer Muße — man kann sie heute nicht mehr mit Tacitus eine rara temporum felicitas nennen — für die Deutschen niemals aufhören sollte, vielleicht zur Darstellung bringen werden.

Bei dem gegenwärtigen Verfall, in welchen die Philosophie und ihr Ansehen gerade dadurch geraten ist, daß

so viel in allgemeiner Weise und ins Allgemeine hinein gesprochen worden ist, ist es besser und angemessener, reale Theile, welche diesem System entflossen sind, dieser allgemeinen philosophischen Grundlage voraufzuschicken. Ihren Beweis müssen sie auch in dieser Selbständigkeit an sich haben.

Wohl aber folgt aus dem Vorigen von selbst, daß die totale Reformation der Hegelschen Philosophie, die wir verlangen, und in dem gegenwärtigen Werke einstweilen in bezug auf die Rechtsphilosophie angebahnt haben, ebenso gut, wie sie sich negativ zum Hegelschen System verhält und als ein anderes, als Hegels Philosophie bezeichnet werden kann, ebenso gut auch noch als eine Entwicklung der Hegelschen Philosophie selbst qualifiziert werden muß.

Es ist immer dieselbe von Hegel getragene Fahne, die nur auf einem anderen Wege zum Siege geführt werden soll. Es sind immer die Grundprinzipien und die Methode der Hegelschen Philosophie, die nur gegen Hegel selbst recht behalten, gegen die mangelhafte Ausführung, die das zufällige Subjekt in ihm dieser Methode gegeben hat und bei dem ersten Versuch, ein Universalsystem des Gedankens zu entwickeln, noch geben mußte. Es ist somit im Grunde Hegel, der gegen sich selbst recht behält.

Es wird dies im zweiten Teile dieses Werkes noch viel deutlicher als im ersten zur lebendigen Darlegung kommen. Hegel hat, wegen unzureichender Bekanntschaft mit dem Stoffe, dem Recht vielleicht häufig größeres Unrecht getan, als irgendeiner anderen Disziplin. Wenn er die römischen Juristen als die Tätigkeit des abstrakten *Verstandes* auffaßt, so werden wir auf das positivste im ganzen Verlauf des zweiten Bandes zum Nachweis bringen, wie dies nur von *unseren* Juristen, von den *römischen*

aber das strikte Gegenteil gilt. Wir werden sehen, wie ihre Tätigkeit vielmehr schlechterdings nur die des spekulativen Begriffes ist, nur eine sich selbst nicht durchsichtige und bewußte, wie dies ganz ebenso bei der Tätigkeit des religiösen und künstlerischen Geistes der Fall ist. Wir werden sehen, wie diese Tätigkeit sich in ihnen auch mit der ganzen Unmittelbarkeit und Inbrunst des religiösen Geistes vollzieht, und hieraus wird sich erst der prinzipielle und überaus wichtige, auch das Verständnis der ganzen mittelalterlichen Rechtsgeschichte bedingende Unterschied zwischen den römischen und nachrömischen Juristen verstehen lassen.

Oder wenn Hegel in dem römischen jus civile ungerechte und abscheuliche Institutionen findet, wenn er den römischen Rechtsgelehrten und den Prätoren eine Inkonsequenz imputieren und sie an ihnen rühmen zu können glaubt, wenn er es für einen callide gemachten leeren Wortunterschied hält, das, was doch auch Erbschaft war, eine bonorum possessio zu nennen[1]) usw., so wird sich freilich zeigen, daß nichts von alledem wahr ist, und daß der Unterschied, statt ein leerer Wortunterschied zu sein, vielmehr gerade der volle Unterschied des spekulativen Begriffes ist.

Allein hiermit wird dann immer nur erwiesen sein, daß die Hegelsche Philosophie noch weit mehr recht hatte, als Hegel selbst wußte, und daß der spekulative Begriff noch weitere Gebiete und noch viel intensiver beherrscht, als Hegel selbst erkannt hatte.

Mögen andere, so viel sie wollen, hervorheben, daß diese totale Reformation, die wir in bezug auf das Recht nun ebenso sehr wie in bezug auf jede andere Disziplin

---

[1]) Hegels „Rechtsphilosophie", 2. Ausg., S. 32, 236 fg.

des historischen Geistes in der Hegelschen Philosophie für nötig halten, eine Negation der Hegelschen Philosophie ist, was auch in der Tat nicht bestritten werden kann, — wir unsererseits werden immer daran festhalten, daß diese Negation zugleich die eigene aus der Hegelschen Philosophie hervorgegangene und allein konsequente Gestalt derselben ist.

Erst durch diese eigene Reform seiner selbst wird, wovon der zweite Teil ein für sich vollendetes Beispiel gewähren soll, das philosophische Denken die positiven Wissenschaften reformieren und mit sich ausgleichen können, die in ihrer Trennung von dem philosophischen Begreifen nur die Wahl haben, in welchen von mehreren Irrtümern sie verfallen wollen. Philosophische und historische Betrachtung in diesem Sinne werden gänzlich miteinander zusammenfallen.

Von der Rechtsphilosophie in diesem eben entwickelten Sinne, in welchem sie mit der positiven Rechtswissenschaft identisch ist, haben wir versucht, einige hauptsächliche Teile zu schreiben. Sie ganz zu schreiben, wäre weder Sache eines Mannes, noch einer Produktion. Wohl aber haben wir überall, so weit es nur irgend die notwendigen Grenzen dieses Werkes zuließen, die Grundlagen für die philosophische Erfassung auch jener Institute, die in demselben keiner besonderen Behandlung unterworfen werden konnten, zu legen gesucht. Der Fortbau anderer auf dieser Bahn wird uns der freudigste Beweis für die Wirksamkeit unserer Arbeit sein.

Zwar verkennen wir nicht, wie mißlich es ist, eine so totale Reformation der Wissenschaft anstreben zu wollen in einer gänzlich unautoritätischen Stellung. Wir haben kein Katheder, von dem herab wir sprechen und das unseren Worten äußeren Nachdruck verleihen könnte. Der

Zunft der Wissenschaft - und sie bildet in Deutschland eine solche, wie schon Bunsen, wie schon Niebuhr dies wußte — gehören wir nicht an. Allein es muß bereits dahin gekommen sein, daß der einzige Titel die Leistung, und die einzige Autorität die Wahrheit ist. Zudem liegt gerade in der realen Bestimmtheit des Positiven selbst, wenn es in dem wahrhaften konkreten Reichtum seines Details gefaßt wird, die Schneide des Beweises, der Zwang für die Überzeugung und somit das sichere Unterpfand des Sieges. Wir haben das, wie wir uns zum eigenen Troste erinnern, vor drei Jahren, freilich in einem scheinbar weit abliegenden Gebiete, im Gebiete der Altertumswissenschaften, an uns selbst erfahren. Selbst Stockphilologen, von denen wir dies niemals erwartet hätten, erklärten sich zu unserer Überraschung mit den dort gewonnenen Resultaten einverstanden, denen sie ihrer ganzen Richtung nach feindlich gegenüberstanden. Es war der Zwang, der in der Bestimmtheit des Einzelnen und Realen liegt, welcher dies bewirkte. Dieselbe Methode wird, soweit ab das gegenwärtige Feld der Wissenschaft dem damaligen zu liegen scheint, auch dasselbe Resultat nach sich ziehen müssen. Ja, selbst das Fernliegen der beiden Felder der Wissenschaft voneinander, der Altertumswissenschaft und der Rechtsphilosophie, ist, wie sich in unseren Untersuchungen selbst vielleicht sehr fühlbar machen dürfte, nur Schein, und nie ist uns die Einheit aller Wissenschaft mit größerer Andacht zum Bewußtsein gekommen, als während der Ausarbeitung dieses Werkes.

Berlin, 27. März 1861.

Ferdinand Lassalle.

VORWORT ZUR ZWEITEN AUFLAGE.

Obwohl bei seinem Erscheinen von der Tagespresse spröde aufgenommen, ist „Das System der erworbenen Rechte“ allmählich in so viele Hände gelangt, daß eine neue Auflage erforderlich geworden ist. Daß das Werk sich den Eingang in die Bibliothek des Gelehrten, des Rechtslehrers wie des Altertumsforschers, erzwingen würde, war mit Gewißheit vorauszusehen; aber auch keinem Praktiker mit wissenschaftlichem Sinne wird „die Kollision der Gesetze“ mehr fremd und entbehrlich sein. Belege davon beizubringen, wie das Werk in der Rechtsprechung und in der Literatur gewirkt haben mag, nachzuweisen, wie es in den Gesetzberatungen der letztverflossenen zehn Jahre hätte benutzt oder erprobt werden können, das wäre der geeignetste Dank für die freundschaftliche Gesinnung gewesen, in welcher der Verfasser mir das literarische Eigentum seiner Schriften vermacht hat; und in diesem bescheidenen Maße seine große Arbeit zu ergänzen und ihren Inhalt den nur mit den Tagesereignissen beschäftigten Lesern näher zu bringen, habe ich beabsichtigt und begonnen, jedoch neben meiner, nur selten dieses Gebiet streifenden Berufstätigkeit nicht durchführen können.

Andere Erwartungen Lassalles freilich, wissenschaftliche und politische, die einen in der Vorrede ausgesprochen, die anderen an vielen Stellen, namentlich im ersten Bande, durchleuchtend, haben sich nicht erfüllt.

Es gibt und gab wohl schon, als er schrieb, keine Hegelianer mehr, welche nun die anderen Rechtsgebiete so, wie er das Erbrecht, hätten bearbeiten können. Und so richtig auch seine Ahnung war, an der Schwelle einer neuen Zeit zu stehen, so hat doch die Geschichte Deutschlands nicht die Entwicklung genommen, welche er bei der Abfassung dieses Werkes vorherzusehen und vielleicht durch dasselbe zu fördern glaubte. Ein ohne mein Zutun veröffentlichter Brief, abgedruckt unter anderem in der „Germania" vom 18. Juli 1878, den ich, damals Privatmann, ihm am 22. Januar 1862 geschrieben habe, läßt erkennen, welches Ziel er damals noch im Auge hatte.

Hätte er den heutigen Tag erlebt, so würde unsere innere Geschichte ihn vielleicht zu einer weiteren Ausführung des Gedankens veranlaßt haben, daß es einem Volke recht schwer werden kann, sich selbst, seine „Substanz", zu erkennen. Wenn er auch nur den März 1871 gesehen hätte, so würde er wahrscheinlich seine Behandlung der französischen Revolution durch eine Betrachtung darüber bereichert haben, daß sich mit Sicherheit nur aus einem weiten Abstande das Geschehene unter die historischen Geistesbegriffe einordnen und sagen läßt, ob einem Volke in einer bestimmten Phase „das Richtige zum Bewußtsein gekommen ist," und daß nicht jede Zerstörung eines symbolischen Gebäudes einen Bastillesturm bedeutet und einen 4. August im Gefolge hat. Sicherlich würde er nicht die Feder gegen das deutsche Schwert geführt und nicht die Pariser Kommune für „die endlich entdeckte Form, kraft deren man zur Emanzipation der Arbeit gelangen wird," erklärt haben.

An einem seiner Gesellschaftsabende, gern besucht von Männern wie Boeckh, Pfuel und Friedrich Förster, hielt ich ihm aus dem Kopfe einen Satz Lessings entgegen. Ich

habe mich erst jetzt überzeugt, daß mein Zitat nicht ganz wörtlich war; aber so, wie ich es gab, schickt es sich wohl zum Abschluß dieser Zeilen:

„Es hat zu allen Zeiten Menschen gegeben, welche richtige Blicke in die Zukunft taten, und nur diese Zukunft nicht erwarten konnten. Wozu die Geschichte sich Jahrhunderte Zeit nimmt, das soll in dem Augenblicke ihres Daseins reifen."

Berlin, im August 1880.

L. Bucher.

INHALTSVERZEICHNIS DES ERSTEN TEILES.

Seite

I. EINLEITUNG

II. DIE THEORIE

III. ANWENDUNGEN

I.

EINLEITUNG

Seit je hat die Frage nach der Rückwirkung der Gesetze, oder richtiger: die Frage nach den zeitlichen Grenzen in der Anwendung der Gesetze für eine der schwierigsten und verwickeltsten, aber auch für eine der wichtigsten des gesamten Rechtsgebietes gegolten. Gleich große Klippen drohten von beiden Seiten. Von der einen Seite stand alle Rechtssicherheit, Eigentum wie Freiheit der Bürger in Gefahr, wenn es den Gesetzen gestattet sein sollte, auf früher entstandene Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse einzuwirken, und diese Gefahr trieb an, sich auf das stärkste gegen sie zu verwahren. „La rétroactivité", ruft Benjamin Constant aus [1]), „est le plus grand attentat que la loi puisse commettre; elle est le déchirement du pacte social, elle est l'annullation des conditions en vertu desquelles la société a le droit d'exiger l'obéissance de l'individu; car elle lui ravit les garanties qu'elle lui assurait en échange de cette obéissance qui est un sacrifice. La rétroactivité ôte à la loi son caractère; la loi qui rétroagit *n'est pas une loi.*" Und in dem Bestreben, sich von dieser Klippe zu entfernen, geriet man in die Gefahr, an der entgegengesetzten nicht weniger verderblichen zu scheitern und das gesamte Lebensrecht eines Volkes, das Recht des allgemeinen Bewußtseins auf seine eigene Entwicklung und Entfaltung dem aufzuopfern, was man für das erworbene Recht des einzelnen ausgeben wollte. So kam es, daß selbst die merkwürdige Ansicht möglich ward, als hätten neue Ge-

[1]) Monit. du 1 juin 1828, p. 755.

setze keinerlei Recht, auf bestehende Rechtsverhältnisse irgendwie Einfluß auszuüben, wonach mindestens in sehr umfangreichen Gebieten dem Gesetzgeber jede Einwirkung auf die lebenden Generationen benommen und auf die künftigen noch ungeborenen Geschlechter beschränkt ward. Ja, in strenger Konsequenz hiervon wurde bei gewissen Instituten, z. B. den Lehen, ernsthaft gelehrt, daß alle unter bestimmten Gesetzen verliehene Lehen für alle Zukunft der Einwirkung jedes noch so späten Gesetzgebers entzogen bleiben und lediglich die zur Zeit ihrer Verleihung geltenden Gesetze für sie maßgebend sein müßten [1]), wenn sich der Gesetzgeber nicht den Vorwurf der Rückwirkung zuziehen wolle.

So wurde unter der feierlichen Formel eines an sich richtigen, aber theoretisch nicht bewältigten und darum jeder falschen Anwendung ausgesetzten Prinzipes der dem Leben und seiner lebendigen Ernährung und Entwicklung gehörige Boden des Volkes zu einer großen Gräberstadt geweiht. Die lebendigen Geschlechter wurden wie der unterirdische abgeschiedene Geist behandelt, welchem die Erde und ihr Recht der Wirklichkeit nicht mehr angehört und den abgeschiedenen Geistern dagegen der Raum und die Sphäre des Daseins zugesprochen, welche die Existenzbedingung und Entwicklungsstätte des Volkes bilden.

Jener von Benjamin Constant so energisch ausgedrückte Gedanke: „die Rückwirkung raubt dem Gesetz seinen Charakter; ein Gesetz, welches rückwirkt, ist kein Gesetz mehr," führte in seiner Konsequenz zu der Ansicht, die Nichtrückwirkung als eine solche naturrechtliche Regel aufzufassen, über welche Bestimmungen zu treffen nicht

---

[1]) Götze, Provinzialrecht der Altmark (Magdeburg 1836) I, 11 fg.

einmal in der Kompetenz des Gesetzgebers gelegen sei. Struve[1]) formuliert dies dahin, daß die Regeln über die Anwendung neuer Gesetze ausschließlich aus der vom Richter jedesmal zu erkennenden Natur der Sache, niemals aus positiven Gesetzen hergenommen werden dürfen, weshalb er alle transitorische Gesetzgebung als unstatthaft verwirft. Savigny[2]) meint, daß Struve mit dieser Ansicht, durch welche das Verhältnis des Richters zu dem Gesetzgeber völlig verkannt werde, ganz allein stehe. Letzteres ist indessen bei genauerer Betrachtung nicht der Fall. Denn der Grundgedanke von Struves Ansicht ist offenbar eben nur der bereits hervorgehobene, daß der Gesetzgeber selbst nicht die Machtbefugnis habe, gegen den Grundsatz der Nichtrückwirkung als einen naturrechtlich gültigen zu verstoßen, und daß deshalb dieses Prinzip noch außerhalb des Kreises der gesetzgeberischen Einwirkung zu stellen sei. Diese Ansicht ist aber von vielen geltend gemacht worden, besonders in der Form, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung in die Verfassungen aufzunehmen und durch diese Sanktion gegen jede Beeinträchtigung seitens der gesetzgebenden Gewalt zu sichern sei. So behauptet Felix Berriat-Saint-Prix in seiner Théorie du droit constitutionnel français[3]), daß die Konstitution von 1848 besser

---

[1]) Über das positive Rechtsgesetz rücksichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit (Göttingen 1831), S. 6, 30—34, 153 fg.

[2]) System des h. R. R., VIII, 405.

[3]) Paris 1851, Nr. 736 u. 737. La puissance législative elle-même ne peut dépouiller un citoyen des droits qui composent son patrimoine; elle ne peut le grever d'une charge qui diminuerait sa fortune .... Le principe de la non-rétroactivité domine toute la législation. Il *était mieux à sa place dans la loi constitutionnelle* que dans le Code civil, loi secondaire, qui a pour objet spécial de régir le patrimoine des particuliers.

getan hätte, dem Art. 2 des Code civil[1]) in sich Raum zu geben, und in der Tat wurde, als das zweite Kapitel der Konstitution von 1848, welches die von der Konstitution garantierten Rechte der Bürger enthält, in der französischen Nationalversammlung zur öffentlichen Diskussion kam, von Herrn Dabeaux ein derartiges Amendement gestellt, von anderen warm verteidigt[2]), und nur durch Nebeneinwände von Herrn Odilon Barrot beseitigt[3]). Andere Konstitutionen haben diesen Grundsatz wirklich sanktioniert. Die der Konstitution vom 5. Fruktidor III (22. August 1795) vorangeschickte Deklaration der Rechte bestimmt in Art. 14: „Aucune loi, ni criminelle, *ni civile,* ne peut avoir d'effet rétroactif" [4]).

---

1) „La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n a point d'effet rétroactif."

2) „Voulez-vous," rief Herr Demante in jener Sitzung aus, als man darauf hinwies, daß dieses Prinzip schon im Code civil seine Stelle gefunden habe, „réserver au législateur le pouvoir d'insérer dans une loi une disposition rétrospective? Ne le voulez-vous pas? Il faut que vous disiez dans la Constitution qu'aucune loi ne peut être rétroactive. Vous ne trouvez pas cela dans le Code civil. Le Code civil vous dit: la loi n'a pas d'effet rétroactif. Mais le Code civil ne s'occupe pas des pouvoirs du législateur" usw.

3) Herr Odilon Barrot wandte ein, daß das Prinzip nicht absolut sei, weil günstige Gesetze rückwirken müßten. Diese Antwort war keine ernsthafte, weil sie den streitigen Punkt gar nicht traf. Denn es herrscht allgemeines Einverständnis darüber, daß auf Gesetze von lediglich günstiger Natur der Grundsatz von der Nichtrückwirkung überhaupt keine Anwendung findet. Der Art. 2 des Cod. civ. hat die französischen Tribunale niemals gehindert, solche Gesetze, auch wenn sie nichts Spezielles hierüber vorschrieben, auf frühere Tatsachen anzuwenden.

4) Es liegt auf der Hand, daß eine solche konstitutionelle Vorschrift in ihren Folgen auf die eine Seite der Struveschen Ansicht hinauslaufen würde. Denn wenn nun der Gesetzgeber,

Schon die der Konstitution vom 24. Juni 1793 einverleibte Erklärung der Menschenrechte enthält in Art. 14 den für die wilde Energie jener Epoche charakteristischen Ausruf: „l'effet rétroactif donné à la loi serait *un crime,*" allerdings nur in bezug auf das Strafrecht[1]); aber Merlin wenigstens behauptete später, in der Sitzung vom 5. Floréal III (24. April 1795), also freilich erst zu einer Zeit, wo die Wogen der Thermidorreaktion bereits hoch gingen, daß nach der ursprünglichen Absicht des Konstitutionskomitees diese Bestimmung sich ebenso auch auf das Gebiet des Zivilrechtes habe beziehen sollen, und dies nur durch die derselben von Hérault de Séchelles gegebene und von seinen Kollegen im Komitee gemißbilligte Redaktion vereitelt worden sei[2]).

Auch die Verfassung der Vereinigten Staaten von Nord-

---

sei es mit Absicht, sei es, daß ihm dies entgangen wäre, ein Gesetz erließe, welches nach wissenschaftlichen Grundsätzen eine wirkliche Rückwirkung darstellt, so würde der Richter durch die Verfassung verpflichtet sein, einem solchen Gesetze die Anwendung zu versagen.

[1]) Der Zusammenhang ist: La loi qui punirait des délits commis avant qu'elle existât, serait une tyrannie; l'effet rétroactif etc.

[2]) „L'article de la déclaration des droits," sagt Merlin, „qu'on vous a cité fut présenté par Hérault au comité de constitution, rédigé comme il l'est. On trouva cette rédaction mauvaise, on dit qu'elle semble ne s'appliquer qu'aux lois pénales et on l'ajourna. Malgré l'improbation de ses collègues Hérault vint ici faire adopter cette rédaction." Es handelte sich in dieser Sitzung darum, das Gesetz vom 17. Nivose II über die Erbschaften, welches rückwirkend über die seit dem 14. Juli 1789 anerfallenen Erbschaften verfügt hatte, zurückzunehmen, und Merlin erzählt, wie er von Anfang an gegen dieses Gesetz gewesen sei und sich im Komitee vergeblich auf den Art. 14 der Déclaration des droits berufen habe.

amerika enthält in Art. 1, Abschn. 9, die Bestimmung § 3: „Es soll keine bill of attainder und kein Gesetz mit rückwirkender Kraft (ex postfacto law) erlassen werden."

Ebenso verfügt die norwegische Verfassung ganz allgemein § 97: „Keinem Gesetze darf rückwirkende Kraft gegeben werden."

Von dem bereits angezogenen Art. 2 des Cod. civ. kann nicht bezweifelt werden, und gilt auch in der französischen Jurisprudenz unbestritten, daß er nur eine Anweisung für den Richter, nicht für den Gesetzgeber enthalten soll. Gleichwohl verdient bemerkt zu werden, daß in dem Exposé des Motifs, welches der Regierungsredner Staatsrat Portalis in der Sitzung vom 4. Ventôse XI (23. Februar 1803) gab, die Bestimmung des Art. 2 nicht als aus der Absicht, sondern ausdrücklich als aus der Grenze der Machtbefugnis des Gesetzgebers hervorgehend bezeichnet wird. „La tête d'un grand législateur," sagt Herr Portalis, „est une espèce d'Olympe d'où partent ces idées vastes, ces conceptions heureuses qui président au bonheur des hommes et à la destinée de l'Empire. Mais *le pouvoir de la loi ne peut s'étendre* sur des choses qui ne sont plus et qui par là même, sont hors de *tout pouvoir.*"

Die angeführten französischen Konstitutionen legen dadurch, daß sie den in Rede stehenden Grundsatz der Erklärung der Menschenrechte einverleiben, deutlich an den Tag, daß sie denselben als einen naturrechtlichen und weder dem positiven Rechte entflossenen noch durch dasselbe antastbaren auffassen. Es würde vielleicht scheinen können, als ob dies nur in der großen Gunst seinen Grund habe, welche das „droit naturel" in jener Epoche genoß. Aber auch die älteren Gesetzgebungen pflegen in dieser Weise zu verfahren, daß sie bei der Konsakrierung jenes Grund-

satzes denselben nicht als eine Verfügung hinstellen, sondern vielmehr als eine aus der Natur der Sache notwendig hervorgehende und von selbst gültige Regel anerkennen.

So der älteste auf uns gekommene gesetzgeberische Ausspruch dieser Regel, die Verordnung des Kaisers Theodosius vom Jahre 440[1]):

> „Leges et constitutiones *futuris certum est dare formam negotiis,* non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit."

Savigny[2]) macht bereits darauf aufmerksam, wie in dem „certum est" schon die Präexistenz obiger Regel anerkannt sei. Er hätte dafür besonders noch die Verordnung des Kaisers Anastasius anführen können, welche damit schließt: „quum conveniat leges futuris regulas imponere, non praeteritis *calumnias excitare*"[3]). Denn in dem calumnias excitare liegt sehr deutlich ausgesprochen, daß andernfalls das Gesetz eine rechtswidrige Kränkung den vergangenen Handlungen zufügen würde. Aus jenem „certum est" folgert Savigny, daß es also nur zufällig sei, wenn uns nicht Aussprüche dieser Regel aus älterer Zeit aufbewahrt worden. Er zieht in dieser Hinsicht noch die zweite Rede Ciceros in Verrem, I, c. 42 an[4]), wo diese

---

[1]) L. 7 C. de legibus (I, 14).

[2]) System, VIII, 394.

[3]) L. 65 C. de Decurionibus et filiis eorum (X, 31).

[4]) Verres hatte durch eine Fälschung — indem er „fecit, fecerit" statt „fecerit" gesetzt hatte — der Lex Voconia rückwirkende Kraft gegeben. Cicero sagt gegen ihn: „Fecit, fecerit? Quis unquam edixit isto modo? quis unquam ejus rei fraudem aut periculum proposuit edicto, quae neque post edictum, neque ante edictum provideri potuit? Jure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur, testamentum P. Annius fe-

Regel als eine von jeher unzweifelhaft gültige[1]) hingestellt sei. Die älteste noch erhaltene Schriftstelle aber, die hierüber angeführt werden kann und in welcher wir bereits die Definition des Theodosius: „leges futuris certum est dare formam negotiis" nicht nur in frappanter Ähnlichkeit vorgebildet finden, sondern auch mit scharfer Begriffsbestimmung begründet sehen, — eine Stelle, die merkwürdigerweise stets und selbst in den beiden ebenso gelehrten wie vortrefflichen Werken von Voigt[2]) und von Hildenbrandt[3]), die sich eigens mit dem Einfluß der griechischen Philosophie auf das römische Recht beschäftigen, übersehen worden ist, — ist in dem „Theaetet" des Platon zu treffen. Sokrates kommt daselbst, obwohl nur beiläufig, auf den Begriff des Staates und des Nützlichen zu sprechen, und sagt hierauf zu Theodorus[4]): „Aber was jeder Staat nützlich nennt, das sucht

---

cerat, non improbum, non inofficiosum, non inhumanum. Quod si ita fecisset, tamen post illius mortem *nihil de testamento illius novi juris constitui oporteret.* Voconia lex te videlicet delectabat? Imitatus esses ispsum illum Q. Voconium, qui lege sua hereditatem ademit nulli neque virgini, neque mulieri; *sanxit in posterum,* qui post eos censores census esset, nequis heredem virginem neve mulierem faceret. In lege Voconia non est: Fecit, Fecerit; *neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur."*

[1]) Cicero nimmt jedoch bereits eine wichtige von Savigny unbeachtet gelassene Einschränkung derselben an, denn nach reprehenditur fährt er fort: „nisi ejus rei, quae sua sponte scelerata ac nefaria est, ut etiam si lex non esset, magno opere vitanda fuerit."

[2]) Die Lehre vom jus naturale etc. (Leipzig 1856).

[3]) Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie (Leipzig 1860).

[4] Theaetet., p. 178 A., p. 177, ed. Stallb.: *ΣΩ. Ἀλλ' ὃ ἂν τοῦτο ὀνομάζῃ, τούτου δήπου στοχάζεται νομοθετουμένη,*

er auch bei seiner Gesetzgebung zu treffen, und alle Gesetze, soviel er nämlich irgend kann und weiß, erläßt er als die für ihn nützlichsten. Oder sieht er auf irgend etwas anderes, indem er Gesetze gibt?" — Theodorus: „Keineswegs." — Sokrates: „Trifft er es nun auch immer, oder verfehlt nicht jeder Staat gar auch vieles?" — Theodorus: „Ich glaube, daß sie auch verfehlen." — Sokrates: „Ferner würde von hier aus besonders gewiß jeder das nämliche zugeben, wenn man nach der ganzen Gattung fragte, zu der auch das Nützliche gehört. Es bezieht sich nämlich allemal auf die künftige Zeit. Denn wenn wir Gesetze geben, so geben wir sie als solche, die nützlich sein sollen für die nachherige Zeit. Dies aber nennen wir doch richti^ die Zukunft"[1]).

καὶ πάντας τοὺς νομους, καθ᾽ ὅσον οἴεταί τε καὶ δύναται, ὡς ὠφελιμωτάτους ἑαυτῇ τίθεται. ἢ πρὸς ἄλλο τε βλέπουσα νομοθετεῖται; ΘΕΟ. Οὐδαμῶς. ΣΩ. Ἦ οὖν καὶ τυγχάνει ἀεὶ, ἢ πολλὰ καὶ διαμαρτάνει ἑκάστη; ΘΕΟ. Οἶμαι ἔγωγε καὶ διαμαρτάνειν. ΣΩ. Ἔτι τοίνυν ἐνθένδε ἂν μᾶλλον πᾶς τις ὁμολογήσειε ταὐτὰ ταῦτα, εἰ περὶ παντός τις τοῦ εἴδους ἐρωτῴη, ἐν ᾧ καὶ τὸ ὠφέλιμον τυγχάνει ὄν. ἔστι δέ που καὶ περὶ τὸν μέλλοντα χρόνον. ὅταν γὰρ νομοθετώμεθα, ὡς ἐσομένους ὠφελίμους τοὺς νόμους τιθέμεθα εἰς τὸν ἔπειτα χρόνον. τοῦτο δὲ μέλλον ὀρθῶς ἂν λέγοιμεν.

[1]) Der Gedankengang Platons hierüber wäre also etwa dieser: Die Gesetze haben die Hervorbringung von Nutzen zu ihrem Zweck. Das Nützlichste als etwas, das erst erzeugt werden soll, liegt seinem Begriffe nach in der zukünftigen Zeit. Folglich können sich ihrem Begriffe nach die Gesetze immer nur auf das Gebiet der Zukunft, nicht auf das der Vergangenheit erstrecken. Gesetze also, welche sich auf die Vergangenheit zurückwenden, würden ihrem Begriffe zuwiderhandeln, weil sie, ehe sie vorhanden waren, auch niemandem haben nützen können.

Alle diese Aussprüche, der des Kaisers Theodosius wie der Ciceros und Platons, stimmen wiederum darin überein, daß sie den Grundsatz von der nur auf die Zukunft wirkenden Kraft der Gesetze als eine von selbst gültige innere Notwendigkeit anerkennen, Platon überdies noch denselben kurz aus dem antiken Begriff der Gesetzgebung entwickelt. Und wie die Alten und die französischen Kon-

---

In der Tat liegt hierin ein wesentliches, wenn auch nur einseitiges Moment der Sache.

Wir werden später sehen (im § 1 der Theorie), daß und warum der griechische Geist der erste ist und sein muß, welcher den Gedanken der Nichtrückwirkung produziert.

Hier wollen wir nur noch darauf aufmerksam machen, daß mit dem hier von Platon explizierten Staatsbegriff, welcher der antike Staatsbegriff überhaupt ist, d. h. bei der Anschauung, daß die Gesetze erlassen sind um Nutzen hervorzubringen, der Gedanke der Nichtrückwirkung, wie die platonische Argumentation selbst zeigt, in weit unmittelbarerer Weise gegeben ist, als bei der modernen Anschauung der Gesetze, welche dieselben als Urteilsnormen, als Normen des allgemeinen Bewußtseins auffaßt. Denn wenn die Gesetze objektive Selbstdarlegungen des allgemeinen Geistes sind, Normen, die er aus sich und für sich setzt, so ist jetzt noch nicht gegeben, warum diese Selbstdefinitionen des allgemeinen Bewußtseins, zumal sie, solange der historische Geist sein Wesen in ihnen ausgedrückt findet, für ihn den Wert von logischen Gedankenbestimmungen haben müssen, nicht auf alles Sein, welches auch der Zeitpunkt seiner Entstehung sei, den Inhalt ihres normativen Denkens und Urteilens erstrecken sollten. Siehe hierüber § 1.

Was hier von seiner inneren Wurzel aus aufgezeigt worden ist, fällt dem Resultate nach zusammen mit der häufig kursierenden sehr äußerlichen Auffassung der Gesetze, daß sie nur Anweisungen für den Richter zum Urteilen enthalten und mit der ebenso äußerlichen hieran geknüpften Forderung, daß der Richter nur die Gesetze seines Landes resp. seiner Zeit zu hören habe.

stitutionen hat auch der landrechtliche Gesetzgeber sich dieser Anerkennung nicht entziehen können. Das Publikationspatent zum Allgemeinen Landrecht vom 5. Februar 1794 erklärt in § VIII: „So wie überhaupt ein neues Gesetz auf vergangene Fälle nicht gezogen werden mag, so soll dieser Grundsatz auch bei der Anwendung des gegenwärtigen Landrechtes beobachtet und dabei im allgemeinen nur auf die §§ 14—29 der Einleitung vorgeschriebenen Bestimmungen Rücksicht genommen werden." Es wird also hier mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen, daß diese Regel auch ohne die gesetzgeberische Sanktion durch ihre eigene Notwendigkeit bestehen würde. Es wird eine Unmöglichkeit, die Sache selbst durch positive Vorschrift anders anzuordnen, anerkannt.

Wie es sich nun mit dieser, wie sie ziemlich allgemein aufgefaßt wird, naturrechtlichen Gültigkeit jener Regel in der Tat verhält, wird sich später bei der Entwicklung der Theorie von selbst ergeben.

Hier interessiert uns zunächst die Tatsache, daß so einverstanden, wie wir sahen, alle Welt über das Prinzip selbst ist, so schwankend und widersprechend die Meinungen über seine Anwendung sind. Die Schwierigkeit scheint somit zunächst nicht in dem Grundsatz selbst und seinem Verständnis, sondern vielmehr in der Frage zu liegen, in welchen Fällen und Rechtsgebieten derselbe platzzugreifen und nicht platzzugreifen hat. Da aber die Beantwortung dieser Frage wieder nur aus der inneren Natur des Grundsatzes selbst wird abgeleitet werden können, so sind wir hierbei wieder im Kreise zur Diskussion des Gegensatzes und seiner Bedeutung zurückgeworfen [1]).

[1]) Darum ist auch durch die Sanktionierung dieses Grundsatzes in Konstitutionen nur wenig gewonnen. Denn es ist nir-

Die Gesetzgeber freilich ließen sich, wo sie von demselben abweichen zu können oder zu müssen glaubten, von unmittelbarem Rechtsgefühle oder von bestimmten speziellen Zwecken von Billigkeits- oder politischen Rücksichten leiten. Eine weit schwierigere Stellung hatten die Richter, wo ein Gesetz ohne besondere Verordnung rückwirkender Kraft erlassen war und nun dennoch die Anwendung desselben auf frühere Rechtstatsachen oder deren Folgen begehrt wurde. Denn hier mußte dann auf die innere Natur des Grundsatzes und seine sich aus ihr bestimmende Wirksamkeit eingegangen werden. Da es dem juristischen Takte nicht entgehen konnte, daß jener Grundsatz trotz seiner absoluten Berechtigung doch in seiner Anwendung nicht von absoluter Ausdehnung auf alle Fälle sei, half man sich damit, Ausnahmen von ihm zu statuieren und die Lehre von demselben in eine Kasuistik aufzulösen. — Wie mißlich und unwissenschaftlich dieser Notbehelf war, liegt auf der Hand. Die in der Ausnahme vorhandene Beschränkung des Grundsatzes ergab sich entweder aus der eigenen inneren Natur desselben, oder sie ergab sich nicht aus dieser. Im ersteren Falle lag gar keine Ausnahme vor, denn die Grenze eines Gegenstandes ist vielmehr seine bestimmteste Form. Die aus ihm selbst hervorfließende Grenze eines Gedankenprinzipes ist somit, als seine bestimmte Selbstformierung, seine eigenste Wirksamkeit und Selbstbetätigung. Gerade an seiner Grenze wäre der Grundsatz zu erkennen gewesen! — Floß aber umgekehrt die Einschränkung des Grundsatzes nicht aus ihm selbst hervor, sondern wurde sie ihm von außen, etwa durch andere Regeln, gesetzt, so war sie ein unversöhnter

gends der Grundsatz selbst, sondern überall nur sein Inhalt und seine Bedeutung im Streit.

Einbruch in sein rechtmäßiges Gebiet und eine Verletzung seiner unantastbaren Gültigkeit [1]). Ebenso unwissenschaftlich aber wie dieser Notbehelf in theoretischer Hinsicht, ebenso mißlich, unzuverlässig und täuschend zeigt er sich in der Praxis. Daher jene schwankenden und sich auf das schreiendste widersprechenden Entscheidungen der Gerichte, deren in keinem Rechtsgebiete so zahlreiche und sich so schneidend entgegenstehende vorliegen wie bei der uns beschäftigenden Frage [2]).

---

[1]) Wir werden später sehen, daß dieses Prinzip in der Tat keine Ausnahme hat noch haben kann, und daß, wo, um in der bisher üblichen Ausdrucksweise zu reden, eine Rückwirkung der Gesetze gerechtfertigt ist, gar keine wirkliche, sondern nur eine scheinbare Rückwirkung vorliegt.

[2]) Besonders die französische Jurisprudenz ist wegen der lebhafter bewegten Geschichte der französischen Gesetzgebung hierin von großem Interesse. Ihre Schwankungen und Widersprüche sind so groß, daß Herr Blondeau, professeur suppléant à la Faculté de droit à Paris, in einer Dissertation sur l'effet rétroactif des lois (inseriert in der Jurisprudence de la Cour de Cassation, T. IX, Part. II, p. 278 sqq.) sich dadurch zu dem Wunsche treiben läßt, es möge lieber der Gesetzgeber durch spezielle Bestimmungen die transitorische Wirkung jedes neuen Gesetzartikels regeln „que de voir subsister l'arbitraire auquel nous sommes livrés aujourd'hui!" Die bare Unmöglichkeit der Erfüllung eines solchen Wunsches erhellt auf den ersten Blick. Eine gesetzgeberische Kasuistik dieser Art wäre nicht nur völlig unausführbar, sondern auch ewig unzureichend, da bei jedem Rechtsgebiet und bei jedem einzelnen Gesetzartikel wieder die mannigfachsten Kollisionen durch das Hineingreifen anderer Rechtsgebiete und konkreter Fälle entstehen können. Die Entscheidung dieser Frage wird also immer nur der Wissenschaft anheimfallen, wenn auch der Gesetzgeber die allgemeinen leitenden Gesichtspunkte derselben mit seiner Autorität bekleiden könnte. — Was übrigens Herrn Blondeau betrifft, so wirft ihm Merlin (Répert. de Jurisprud.

Der französische Arrêtist Sirey und in Deutschland die Herausgeber der Heidelberger Jahrbücher (Januar 1811, § 41) haben positiv erklärt, daß sie es für eine Unmöglichkeit hielten, jemals bestimmte allgemeine Prinzipien für die Entscheidung dieser Frage zu formulieren.

Nach verschiedenen Vorgängern, von denen die hauptsächlichsten bei ihm selbst aufgeführt werden, brachte endlich der große Meister des römischen Rechtes, Savigny, einen äußerst bedeutenden Fortschritt in unsere Lehre, welche er im achten Bande seines Systemes des heutigen Römischen Rechtes (S. 368—540) einer ausführlichen Darlegung unterzog.

Savigny erhebt sich bereits mit großer Bestimmtheit, wenn auch auf Grund einer anderen Deduktion als der obigen, gegen das schlechte Auskunftsmittel, die rückwirkende Kraft neuer Gesetze als eine Ausnahme von dem Grundsatz der Nichtrückwirkung eintreten zu lassen[1].

---

v° Eff. rétr., Sect. III, § II, Art. 9) zu viel „Metaphysik" vor. Die Franzosen verfahren mit diesem Vorwurf in der sonderbarsten Weise! Bei uns würde man Herrn Blondeau das krasseste und vulgärste Gegenteil zur Last legen. Eine kurze Angabe seiner Art zu Werke zu gehen wird dies hinlänglich klarlegen. Herr Blondeau löst alle Rechte und Rechtsverhältnisse in bloße Erwartungen auf und läßt sich dann auf die faktische Erwägung ein, ob für den Gesetzgeber hinreichend starke Gründe vorliegen können, diese Erwartungen zu täuschen!

[1]) Savigny, a. a. O., S. 374: „Wo ein so bedenklicher einschneidender Erfolg zu erwarten wäre, der sich dann durch den Versuch einer strengen Durchführung von selbst als unmöglich darstellen würde, pflegt man dadurch abzuhelfen, daß man Ausnahmen des angeblich allgemeinen Grundsatzes behauptet. Aber eben diese Abhilfe durch bloße Ausnahmen ist es, die hier völlig verworfen werden muß, welches unten ausführlich dargetan werden wird." Und

Er selbst beseitigt diesen Ausnahmenbehelf dadurch, daß er die Rechtsregeln in bezug auf unseren Gegenstand in zwei Gattungen einteilt, in solche, welche sich auf den Erwerb der Rechte (d. h. auf die Verbindung eines Rechtsinstitutes mit einer einzelnen Person), und in solche, welche sich auf das Dasein der Rechte (d. h. auf das Sein oder Nichtsein, oder auf das So- oder Anderssein eines Rechtsinstitutes) beziehen[1]). Nur bei der ersten

S. 518: „Ausnahmen von dem Grundsatz der Rückwirkung haben eine zufällige Natur, sind an sich entbehrlich und würden besser gar nicht vorhanden sein. Dies alles paßt auf die hier in Frage stehenden Gesetze gar nicht. Wenn wir diese unbefangen betrachten, so müssen wir uns sogleich überzeugen, daß in Beziehung auf sie jene Auskunft durchaus gezwungen ist und den Gesetzen einen Sinn aufdrängt, der ihnen völlig fremd ist." Er zeigt nun, daß z. B. ein Gesetz, welches die Leibeigenschaft aufhebt, nach jener Ausnahmetheorie, in konsequent durchgeführter Fassung so lauten müsse: „Es wird hierdurch verboten, künftig eine Leibeigenschaft zu errichten, auch soll diese Vorschrift ausnahmsweise rückwirkende Kraft haben, so daß sogar auch die jetzt bestehenden Verhältnisse der Leibeigenschaft aufgehoben sein sollen." Das sei nun aber ganz sinnlos. Denn da seit langer Zeit niemand mehr daran gedacht habe, eine Leibeigenschaft oder ein Zehentrecht neu zu begründen, so sei dadurch eine ganz unnütze Vorschrift als Hauptgedanke an die Spitze des Gesetzes gestellt, und es wäre als beiläufige Ausnahme das hinzugefügt, welches allein der Gesetzgeber dachte und wollte. — Diese Beweisführung ist verständig und scharf genug, aber der innerste Punkt der Sache bleibt dabei unberührt. Savigny wäre diesem näher gekommen, wenn er sich bei dieser Materie dessen erinnert hätte, was er bei der allgemeinen Erörterung des wissenschaftlichen Rechtes über das Verhältnis von Regel zu Ausnahme gelegentlich äußert, I, 47 (c.): „. . . ja das, was wir hier Ausnahme nennen, ist eigentlich nur die Anerkennung einer unvollkommenen Regelfassung."

[1]) Savigny, a. a. O., S. 375 fg.

Gattung von Rechtsregeln solle der Grundsatz platzgreifen:

Neuen Gesetzen ist keine rückwirkende Kraft beizulegen.

Neue Gesetze sollen erworbene Rechte unberührt lassen.

Für die zweite Gattung dagegen solle der entgegengesetzte Grundsatz gelten:

Neuen Gesetzen dieser Klasse ist rückwirkende Kraft beizulegen.

Neue Gesetze dieser Klasse sollen erworbene Rechte nicht unberührt lassen[1]).

Die Savignysche Theorie genoß lange, sowohl infolge der großen Autorität ihres Urhebers, als wegen des nicht zu verkennenden Richtigen, welches seiner Unterscheidung zugrunde liegt, eine fast unbeschränkte Geltung, und es scheint uns daher Pflicht, schon hier an der Schwelle unserer Untersuchung im allgemeinen kurz darzulegen, was wir unsererseits an der Savignyschen Arbeit auszusetzen haben, und weshalb auch sie ihr Ziel, einen Abschluß dieser Lehre zu bewirken, keineswegs erreicht hat.

Die ersten Einwürfe, die Savigny gemacht werden müssen, sind rein theoretischer Natur. Savigny beseitigt durch seine Einteilung der Rechtsregeln in zwei feste Klassen, von denen auf die eine der Grundsatz der Nichtrückwirkung, auf die andere der Grundsatz der Rückwirkung Anwendung finden soll, allerdings die Notwendigkeit, in den Fällen der Rückwirkung zur Statuierung von Ausnahmen seine Zuflucht zu nehmen. Allein damit nun diese zweigliedrige Einteilung eine Theorie im wahren Sinne des Wortes sei, wäre noch erforderlich gewesen, sowohl den Grundsatz der Nichtrückwirkung wie den der Rückwirkung

---

[1]) Savigny, S. 373 und 517.

auf eine höchste Rechtsidee zurückzuführen. Dies geschieht nicht. Man erfährt schon nicht, auf welcher obersten Rechtsidee der Grundsatz der Nichtrückwirkung beruht; er ist in keine solche zurückgebogen[1]). Ferner würde zum Dasein einer Theorie erforderlich sein, daß beide Grundsätze, sowohl derjenige, der bestimmt, wo die Anwendung des neuen Gesetzes nicht stattzufinden, als der, welcher vorschreibt, wo sie stattzufinden hat, in eine gemeinsame Rechtsidee, als ihre höchste gemeinsame Quelle aufgelöst und somit wahrhaft in Einheit gesetzt werden. Nur

---

[1]) Die Betrachtungen, welche von Savigny, S. 390, zu seiner Rechtfertigung aufgestellt werden, vermögen das oben Vermißte durchaus nicht zu leisten. Es sind reine Zweckmäßigkeitsgründe, werden auch ausdrücklich als solche mit der Versicherung, es sei „höchst wichtig und wünschenswert," eingeführt. Sie sind folgende: erstens, das Wünschenswerte des unerschütterlichen Vertrauens in die Herrschaft der bestehenden Gesetze; zweitens, das Wünschenswerte der Erhaltung des jederzeit bestehenden Rechts- und Vermögensbestandes; drittens, die Unmöglichkeit, den Grundsatz der Rückwirkung konsequent durchzuführen. Diese Gründe haben, wie dies Zweckmäßigkeitsgründen eigen zu sein pflegt, keine aus ihnen selbst hervorfließende Grenze. Wären sie also die wahren und letzten Gründe der Sache, so würden sie jede, auch die von Savigny gewollte, sogenannte Rückwirkung der das Dasein der Rechte betreffenden Gesetze vollständig ausschließen, wodurch in der Tat das unerschütterliche Vertrauen in die Herrschaft des bestehenden Gesetzes und die Erhaltung des bestehenden Rechts- und Vermögenszustandes noch sehr befestigt und vermehrt werden würde! Wenn Savigny diese Gründe dennoch nicht zu dieser Folgerung ausdehnt, so erscheint dies als ein willkürliches und von außen kommendes Abbrechen ihrer Wirksamkeit an einem beliebig bestimmten Punkte. In der Tat aber zeigt sich hierin nur die Unfähigkeit solcher Verstandesgründe, das Wesen der Sache zu erschöpfen.

wo diese *Einheit* vorliegt, nur da ist *Theorie*! Diese Einheit muß selbst die Unterschiede als aus ihr fließende erzeugen und in ihnen fortwirkend tätig sein. Es müssen sich also auch *die* Fälle, in welchen das neue Gesetz *sofort* zur Anwendung zu kommen hat, *aus der Idee der Nichtrückwirkung selbst ergeben*.

Indem nun alles dies bei Savigny unerreicht geblieben ist, liegt nicht eine *Theorie*, sondern nur eine zweigliedrige *Einteilung* vor. Es hat dies aber zunächst noch eine andere Folge. Durch diese Einteilung ist zwar Savigny dessen überhoben, die Fälle der Rückwirkung als einzelne Ausnahmen zu fassen. Indem nun aber von ihm der Grundsatz der Nichtrückwirkung als der allgemein gültige an die Spitze gestellt und vorausgeschickt wird, der Grundsatz dagegen, daß bei der Klasse der das Dasein von Rechten betreffenden Gesetze Rückwirkung stattzufinden habe, mit dem ersteren in keine *innere Einheit* gesetzt wird, so nimmt nun die letztere *Klasse*, wo Rückwirkung stattfinden soll, selber nur die *Gestalt einer Ausnahme von dem Prinzip der Nichtrückwirkung* an! Die vielen einzelnen Ausnahmen sind somit nur aneinandergereiht, und in eine allgemeine Ausnahme, in eine *Klasse von Ausnahmen* verwandelt. Der Charakter der Ausnahme selbst ist geblieben.

Diese Einwendungen haben bisher eine rein theoretische Gestalt und können daher zunächst äußerst gleichgültig denen erscheinen, welche die höheren Anforderungen der Theorie im Gebiete des Rechtes als „metaphysische Grübeleien" belächeln. Aber hier gerade wäre auch für solche eine äußerst deutliche Gelegenheit, sich von dem Werte und der Notwendigkeit einer wahren Theorie zu überzeugen. Denn nur in jener theoretischen Mangelhaftigkeit liegen die inneren Wurzeln der anderen jetzt zu erwähnen-

den Einwendungen, deren entscheidende Wichtigkeit auch von denen, welche nur auf die praktische Brauchbarkeit einer Regel sehen, bereitwillig zugegeben wird. — Das in der Unterscheidung jener beiden Klassen von Rechtsregeln bestehende Savignysche Prinzip ist nämlich, wie wir später näher sehen werden, sowohl nicht erschöpfend, alle Fälle umfassend, als in hohem Grade praktisch irreführend. Aus beiden Gründen ist es daher auch für das gewöhnlichste praktische Bedürfnis völlig unhaltbar.

Es liegt unleugbar Richtiges in ihm, wie dies übrigens auch bei allen den Formeln der Fall war, die vor Savigny aufgestellt wurden und deren wir gelegentlich die wichtigeren erwähnen werden; aber es ist nicht das Richtige selbst, und nur eine natürliche und notwendige Folge hiervon ist, daß Savigny einerseits, um seinem Grundsatze treu zu bleiben, äußerst häufig Entscheidungen von durchaus irriger Natur treffen muß, andererseits hin und wieder unter dem Einfluß seines unmittelbaren Rechtsgefühles Entscheidungen gibt, die richtig sind, aber seinem Grundsatz innerlich widersprechen[1]), und um richtig zu sein, ihm widersprechen müssen.

Ja es konnte dies um so eher stattfinden, als, wie wir im Verlauf sehen werden[2]), ein und dieselben Gesetze, je nachdem man sich auf den Standpunkt des Individuums oder auf den der Rechtsmaterie selbst stellt, das einemal Gesetze über den Erwerb, das anderemal Gesetze über das Dasein von Rechten darstellen, diese Einteilung also überhaupt auf bloß abstrakten Verstandeskate-

---

[1]) Wie ihm Bornemann bereits einen solchen Widerspruch nachgewiesen hat in der bald anzuführenden Abhandlung, S. 34.

[2]) Vgl. Anwendungen sub I (Personenzustand) und II A.

gorien beruht, die in letzter Instanz haltlos ineinander übergehen und kein festes Prinzip des Unterschiedes gegeneinander gewähren.

Endlich ist Savigny gezwungen, sich sogar ausdrücklich in den offensten Widerspruch mit sich zu verwickeln. So rechnet er die Gesetze über Ehe und Ehescheidung mit Recht zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte, wonach also nicht nur, wenn durch ein neues Gesetz die Scheidung überhaupt erst eingeführt oder abgeschafft, sondern selbst wenn eine Änderung in den Scheidungsgründen vorgenommen wird, diese Änderung nach Savigny auch auf frühere Tatsachen rückwirken muß; so daß hiernach also eine in der Zeit vor dem Gesetze vollbrachte Handlung eines Ehegatten, die damals keinen Scheidungsgrund bildete, jetzt von dem anderen Gatten als Scheidungsgrund angerufen werden kann, wenn sie nach dem neuen Gesetze unter die Scheidungsgründe gezählt wird. Nicht dies war die Ansicht des preußischen Gesetzgebers gewesen; denn als in den Jahren 1814 und 1816 das Allgemeine Landrecht in mehrere Provinzen teils neu eingeführt, teils wieder eingeführt wurde, ward zwar mit Recht verfügt, daß die Scheidung der bestehenden Ehen von jetzt ab nach dem Allgemeinen Landrecht beurteilt werden solle, aber ebenso richtig wurde die ausdrückliche Bestimmung getroffen, daß eine vor der Einführung und resp. Wiedereinführung des Allgemeinen Landrechtes vorgefallene Tatsache nicht als Scheidungsgrund angerufen werden könne, wenn sie unter dem früheren Gesetze keinen solchen dargestellt habe. Savigny (a. a. O. S. 526) sagt, indem er diese Einführungsgesetze als Bestätigung seiner Theorie anzieht: „Nur wurde die sehr mäßige und nicht unbillige Ausnahme hinzugefügt, daß ein Scheidungsgrund des Landrechtes nicht

geltend gemacht werden dürfe, wenn die zugrunde liegende Tatsache vorgefallen sei während der Herrschaft des fremden Gesetzes und in diesem Gesetz nicht als Scheidungsgrund gegolten habe." Savigny gesteht also, offenbar von seinem juristischen Gefühle bestimmt, selbst ein, daß diese angebliche[1]) Ausnahme eine „sehr mäßige und nicht un-

---

[1]) Es ist nämlich irrig von Savigny, wenn er jene Bestimmung so ansieht, als ob sie auch im Sinne des preußischen Gesetzgebers eine „Ausnahme" gewesen sei. Im Systeme der preußischen Gesetzgebung ist sie das durchaus nicht, weil sie in ihr nur eine notwendige Folge ihres Hauptgrundsatzes ist, Allgemeines Landrecht, Einleitung, § 14: „Neue Gesetze können nicht auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten angewendet werden," ein Grundsatz, der bei jeder Einführung des Allgemeinen Landrechtes in neuerworbene oder wiedereroberte Provinzen vom preußischen Gesetzgeber immer wieder aufs neue verkündet wurde. So heißt es z. B. in dem Publikationspatent vom 9. November 1816 für das Großherzogtum Posen (Gesetzsammlung, S. 225) § 3: „Auf die vor dem 1. März 1817 während der Gesetzeskraft der fremden Rechte vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten soll das Allgemeine Landrecht nicht angewendet werden" usw., und ebenso in den anderen Publikationspatenten. Wenn es also z. B. in dem Publikationspatent vom 9. November 1816 für den Kulm- und Michelauschen Kreis und die Stadt Thorn (Gesetzsammlung, S. 217) in § 11 heißt: „Die Gründe, aus welchen eine vor dem 1. Januar 1817 geschlossene Ehe von nun an für nichtig und ungültig zu erklären, oder auch zu scheiden, werden dagegen nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes beurteilt, insofern sie nicht aus Tatsachen hergenommen werden, welche sich früher ereigneten und die das damals geltende Gesetz für keinen zureichenden Grund erachtet hat," so hat diese Bestimmung nur in dem Satzzusammenhange, also im grammatikalischen Sinne, die Stellung einer Ausnahme, ist aber keineswegs auch im materiellen Sinne als eine Ausnahme von der rechtlichen Natur der Sache, sondern viel-

billige" sei. Folglich müßte er auch zugeben, daß diese Ausnahme mit innerer Rechtmäßigkeit und Notwendigkeit aus der Rechtsidee folge, sonst könnte sie keine sehr mäßige und „nicht unbillige" sein. Dann aber wäre schon dies sehr widerspruchsvoll, daß Savigny im strikten Gegensatz zu dem, was er selbst gegen die früheren Autoren über die Unstatthaftigkeit der Ausnahmen uns eben gesagt hat, hier doch wieder eine notwendige oder wenigstens statthafte Folgerung der Rechtsidee in den Notbehelf der Ausnahmen [1]) hineinflüchten muß. Und besonders bemerkenswert ist es hierbei, daß es diesmal der Grundsatz der Nichtrückwirkung ist, der in jenen Schlupfwinkel gerettet werden soll! In der Tat ist aber Savigny durch sein Prinzip in die Unmöglichkeit versetzt, die Rechtmäßigkeit dieser Ausnahme zuzugeben, und so sagt er an einer anderen Stelle wieder im direkten Widerspruch mit

---

mehr hier nur als eine Einschlägigkeit jener Hauptregel gedacht worden. Es finden sich daher auch preußische Publikationspatente, in denen jene Bestimmung auch grammatikalisch die Form einer Ausnahme nicht hat. So heißt es z. B. in dem Publikationspatent vom 9. September 1814 für die früheren preußischen Provinzen jenseits der Elbe (Gesetzsammlung, S. 89) in § 9: „Die Gründe einer nach dem 1. Januar 1815 nachgesuchten Ehescheidung werden dagegen nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes beurteilt und können nicht auf Tatsachen gegründet werden, welche sich früher ereigneten und die das damals geltende Gesetz nicht für einen Ehescheidungsgrund erachtet hat."

[1]) Es ist dies nicht zu verwechseln mit solchen Fällen, wo Savigny in positiven Gesetzen Ausnahmen von seiner Regel nachweist. Denn Gesetzgeber können von der richtigen Theorie abgewichen sein, und dann liegt eine wirkliche Ausnahme vor. Der Widerspruch besteht vielmehr darin, daß Savigny hier selbst die innere Legitimität dieser Ausnahme in den oben angeführten Worten einräumen muß.

seiner oben angeführten Anerkennung der inneren Legitimität jener Ausnahme S. 495 ausdrücklich: „Es wird aber unten gezeigt werden, daß weder diese Zeit (der geschlossenen Ehe) noch die Zeit der Tatsache, die als Scheidungsgrund dienen soll, maßgebend sein darf, sondern allein die Zeit der Scheidungsklage.“

Abgesehen von den Widersprüchen, liegt am Tage, daß ein Prinzip, welches fordert, daß eine vollbrachte individuelle Handlung, die vom Gesetz nicht als Scheidungsgrund qualifiziert wird, diese Wirkung durch ein späteres Gesetz empfange, schon darum allein notwendig falsch ist, weil hierin ein unbestreitbarer Fall vollständigster Rückwirkung im unzulässigen Sinne des Wortes vorliegen würde.

Endlich schließen wir diese vorläufige allgemeine Kritik der Savignyschen Theorie mit folgender Bemerkung: Die von Savigny* gegebene Regel, daß die Gesetze, welche das Dasein oder das So- oder Anderssein der Rechte betreffen, rückwirken müssen, besagt ihrem Inhalte nach eigentlich gar nichts anderes als die sehr alte und besonders den französischen Juristen seit jeher sehr geläufige Formel, daß alle Bestimmungen, welche dem öffentlichen Rechte entflossen sind, rückwirkender Natur seien. Die auf den ersten Blick versteckte Identität beider Formeln tritt sofort näher zutage, wenn man erwägt, daß einerseits alle Rechtsregeln über das Sein und Nichtsein eines Rechtsinstitutes oder über das So- oder Anderssein der Rechte zu den absoluten Gesetzen gehören, über welche nicht pazisziert werden kann, und andererseits alle solche Gesetze, über welche nicht pazisziert werden kann (die nicht ad voluntatem spectant), als dem *jus publicum* entflossen angesehen wer-

den[1]). Aufs deutlichste erkennbar wird endlich diese Identität, wenn man sieht, wie Savigny zur Unterscheidung seiner beiden Klassen von Rechtsregeln, ob nämlich ein Gesetz zum Erwerb oder zum Dasein der Rechte gehöre, als Kennzeichen kein anderes aufstellt als eben dies: ob ein Gesetz *juris publici* sei, in welchem Falle es das Dasein der Rechte betreffe. So sagt nämlich Savigny selbst (a. a. O. S. 520): „Ein besonders sicheres und für die meisten Fälle ausreichendes Mittel der Grenzscheidung (zwischen jenen beiden Klassen von Rechtsregeln) wird darin liegen, daß wir untersuchen, ob vielleicht ein neues Gesetz zu den soeben erwähnten Gesetzen von streng positiver, zwingender Natur gehört, die außer dem reinen Rechtsgebiet ihre Wurzel haben. In diesem Falle haben wir dasselbe unzweifelhaft zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte zu zählen, auf welche der Grundsatz der Nichtrückwirkung keine Anwendung findet."

Zu diesen Gesetzen von streng positiver, zwingender Natur rechnet aber Savigny selbst alle solche, die „mit sittlichen, politischen, volkswirtschaftlichen Gründen und

[1]) S. L. 38 de pactis (2, 14), L. 20 de religiosis (11, 7), L. 45, § 1 de divers. reg. (50, 17), L. 27, § 4 de pactis (2, 14), L. 7, § 14 de pactis (2, 14). (Ulpian: Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de republica, non liceat, quae distinctio vera est.) Paulus setzt daher ausdrücklich entgegen voluntas und jus im eigentlichen strengeren Sinne L. 12, § 1 de pact. dotal. (23, 4): Ex pactis conventis .... alia *ad voluntatem pertinent* .... alia *ad jus* pertinent, veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium servatur. L. 27 de divers. regul. (50, 17). Vgl. Savigny, „System", I, § 16; Boecking, „Pandekten des römischen Privatrechtes," I, 312, 2. Aufl. (Bonn 1853).

Zwecken im Zusammenhange stehen" oder auf der positiven Natur eines Rechtsorganismus beruhen, d. h. alle solche, die zum jus publicum gehören und von Savigny deshalb passend absolute Gesetze genannt werden (s. a. a. O. VIII, 517 und I, 57 fg.).

Savigny hat also das, was jene Formel, daß alle dem jus publicum entflossenen Gesetze rückwirkende Natur haben, von der Seite des Inhaltes der Gesetze besagt, nur nach der Seite der Form hin ausgedrückt und mit formeller Schärfe hingestellt, und es kehrt deshalb jene Seite des Inhaltes auch ausdrücklich als Kennzeichen bei der formellen Einteilung der Gesetze in die beiden Klassen wieder zurück.

Aber man darf nicht glauben, daß um dieser Identität des Inhaltes willen die Savignysche Lehre nun keinerlei Fortschritt gegenüber jener Formel darstelle. Vielmehr muß das Verdienst, welches sich dieser große Denker auch um diese Materie, und besonders um ihre Behandlung in Deutschland erworben hat, äußerst hoch veranschlagt werden. Es ist am Orte, dies hier näher zu begründen, um so mehr, als die Behauptung eines Fortschrittes bei gleichgebliebenem Inhalte zunächst sehr paradox erscheinen könnte, sich aber hierbei gerade die hohe, auf ihren Inhalt selbst wieder rückwirkende Wichtigkeit der Form auch in diesem Gebiete ergeben wird.

Ob eine Bestimmung des Privatrechtes aus Gründen des öffentlichen Interesses gegeben sei und daher zum öffentlichen Recht gehöre (ad rempublicam spectat), ist eine Frage nach dem Inhalt jener Bestimmung und muß aus ihm beurteilt werden. Wenn also gesagt wird, daß alle solche Gesetze augenblicklich eingreifen, welche dem öffentlichen Rechte entflossen sind, so ist hierin bloß ein inhaltliches Kennzeichen und Merkmal ge-

geben, nach welchem sich dann bei den verschiedenen Gesetzen die Frage ihrer Rückwirkung entscheiden lassen wird. Dies Merkmal kann und wird nun bei den verschiedenartigsten Gesetzen zutreffen. Denn in den allerverschiedenartigsten Rechtsgebieten, im Personen- wie im Sachenrecht, im Obligationen- wie im Familienrecht usw. kann eine Bestimmung aus Gründen des öffentlichen Wohles erlassen werden. Eben deshalb ist also durch inhaltliche Kennzeichen über den *eigentümlichen* Inhalt der Gesetze, welche von demselben getroffen werden, noch nichts ausgesagt. Der bestimmte Umfang der Klasse von Gesetzen, auf welche sich dies Kennzeichen anwenden wird, liegt noch ganz im dunkeln; ja, es ist noch gar keine eigene Klasse von Gesetzen mit einem ihr eigentümlichen Inhalt und allgemeinem Charakter durch jene Formel aufgestellt, sondern nur eine gemeinsame Quelle ist angegeben, aus welcher Gesetze der verschiedenartigsten Klassen stammen sollen. Es ist ausgesagt das Warum, aus welchem jene Gesetze verfügen werden. Aber es ist nicht das geringste ausgesagt über ein gemeinschaftliches Was, das sie verfügen werden. Es muß vielmehr zunächst scheinen, daß eine solche Gemeinschaftlichkeit des Was? bei der Verschiedenartigkeit der Rechtsgebiete, in welche jene Quelle hinüberströmen kann, gar nicht existieren wird. Das inhaltliche Merkzeichen läßt also den eigentümlichen Inhalt der Gesetze, die zu ihm gehören, ganz unbestimmt; es stellt sogar in Frage, ob es einen solchen geben wird.

Wird dagegen jenes nach dem Inhalt des Gesetzes schauende Merkzeichen, wird die inhaltliche Formel zur Form der Kategorie[1]) herausgerungen und nun gesagt, es

---

[1]) Aber, wie wir schon oben sagten, zur Verstandeskategorie. Der große praktische Unterschied der Ver-

sollen alle solche Gesetze sofort eingreifen, welche das Dasein der Rechte und ihr So- und Anderssein betreffen, so ist nun zwar inhaltlich nichts geändert. Die Gesetze, welche zu dieser Kategorie gehören, sind identisch mit denen, welche von jenem Kennzeichen betroffen werden. Aber es ist nun sofort durchsichtig der gemeinschaftliche und eigentümliche Inhalt, den diese sogleich eingreifenden Gesetze haben. Durch die Form der Kategorie, in welche jene inhaltliche Formel erhoben worden ist, sind sie erst jetzt zu einer Klasse konstituiert, und es ist jetzt nicht nur sogleich zu überblicken, welche Gesetze zu dieser Klasse gehören, sondern es ist das gemeinschaftliche Was angegeben, welches diese Bestimmungen betreffen und betreffen müssen, um in die Klasse der augenblicklich eingreifenden Gesetze gehören zu können. Und ferner: Vorher mußte es scheinen, als ob es für die Frage der zulässigen Rückwirkung eines Gesetzes auf die Absicht und die Gründe ankomme, aus denen es erlassen sei (ob nämlich aus Gründen des öffentlichen Interesses). Jetzt ist zugleich mit dem Obigen der große Fortschritt getan, daß sich diese Zulässigkeit des augenblicklichen Eingreifens einer Bestimmung nicht mehr aus den Gründen bestimmt, aus denen ein Gesetz erlassen worden, sondern aus dem Was, das es betrifft, also aus der objektiven Natur des Rechtes selbst, das von ihm geregelt wird[1]).

---

standes- und der begrifflichen Kategorie wird sich besonders in § 7 deutlich zeigen.

[1]) Es ist dies aber durch Savignys Leistung nur an sich oder im Prinzip erreicht. Denn er selbst, wo er die Rückwirkung der das Dasein der Rechte betreffenden Gesetze rechtfertigen will, argumentiert wieder bloß aus der Absicht des Gesetzgebers, s. VIII, 515 fg.

Indem also Savigny in scharfer kategorischer Auffassung jene Formel zu einer bestimmten Klasse von Gesetzen erhob, und hierdurch zu zwei sich entgegenstehenden Klassen von Rechtsregeln gelangte, bei deren einer neue Gesetze nicht rückwirken dürfen, bei deren anderer aber neue Gesetze rückwirken müssen, tat er den großen Fortschritt, einerseits zu zeigen, daß die Rückwirkung[1]) je nach dem Rechtsgebiete ebenso gut Regel sein könne wie die Nichtrückwirkung, andererseits die Frage der Nichtrückwirkung und Rückwirkung im Prinzip statt auf die Absicht der Gesetzgeber — die er als eine sehr oft willkürliche bezeichnet — auf die innere Natur der Rechte, auf die sich neue Gesetze beziehen, zurückzuführen. Hat er auch das Problem keineswegs gelöst, so hat er doch dafür die Aufgabe meisterhaft gestellt. Diese Aufgabe, die Bestimmung, welche Gesetze rückzuwirken haben und welche nicht, aus dem objektiven Wesen der Rechte selbst hervorgehen zu lassen — ein Wesen, welches durch die positiven Worte eines Gesetzes zwar im gegebenen Falle unterdrückt, aber nicht aufgehoben werden kann —, diese Aufgabe bleibt eine seit Savigny für die Wissenschaft erworbene Forderung. Der naturrechtliche Charakter dessen, was aus dem Wesen der Nichtrückwirkung oder Rückwirkung folgt, ist durch die Savignysche Arbeit für immer außer Zweifel gestellt. Und

[1]) Savigny drückt sich geradezu so aus, daß diese Gesetze rückwirken und rückwirken sollen. Es ist dies eine zu tadelnde und schädliche Ausdrucksweise. Denn es wird später gezeigt werden, daß alle rechtmäßigen Einwirkungen neuer Gesetze überhaupt nur scheinbare, nie wirkliche Rückwirkungen sind, und es vielmehr nach der wahren Theorie ein absolutes Kennzeichen für die Entscheidung der Fälle bildet, daß eine wirkliche Rückwirkung ohne Ausnahme niemals eintreten dürfe.

welches Verdienst dies war, wird man am besten beurteilen können, wenn man einen Blick auf die Verwirrung seiner Vorgänger in Deutschland wirft, z. B. auf den leeren Positivismus eines Bergmann, welcher auf den unglücklichen Gedanken kommen konnte, die Natur der Sache und die sich aus dem römischen Recht, dem französischen Recht usw. darüber ergebende Lehre in einen grundsätzlichen Gegensatz zu bringen.

Wenn dies theoretische Verdienste sind, die Savigny um diese Lehre überhaupt hat, so hat er sich für Deutschland insbesondere noch ein praktisches erworben durch manche aus seiner Einteilung fließende Entscheidungen der einzelnen Fälle. Denn freilich lag die Doktrin über diese Materie gerade in Deutschland weit mehr im argen als bei den Franzosen, für welche durch ihre nationale Anlage manche in diesem Gebiete für uns bestehende Schwierigkeit nicht vorhanden war. Es ergibt sich das am deutlichsten, wenn man sieht, wie noch bei Bergmann die in Frankreich seit lange herrschenden Grundsätze von dem augenblicklichen Eingreifen neuer Gesetze auf den Personenzustand, auf solche Vermögensrechte, welche ein bloßes Akzessorium rein persönlicher Verhältnisse sind (z. B. elterlicher Nießbrauch), auf die persönlichen Rechte des Vaters über die Kinder, auf das eigentliche Eherecht, auf bloße Erwartungen und die revokabeln Dispositionen[1])

[1]) Ging doch Bergmann so weit (S. 110 u. 92), als römische Regel aufzustellen, daß Gesetze, welche die Fähigkeit zu testieren oder aus Testamenten zu sukzedieren, oder welche das Pflichtteil abändern, auf vorhandene Testamente nicht einwirken dürfen, ja sogar (S. 89 u. 96) daß Gesetze, welche die Intestaterbfolge anders gestalten, falls sie dies infolge einer Veränderung des Personenzustandes tun, auf die noch lebenden Personen, weil deren „Personenstand bereits in der Vorzeit begonnen und reguliert war," nicht anwendbar seien!

von Todes wegen usw. als Eigentümlichkeiten des französischen Rechtes betrachtet und dem, was nach ihm im römischen und resp. selbst im preußischen Recht gilt, geradezu entgegengesetzt werden[1]), während durch und seit Savigny alle diese angeblich eigentümlich französischen Grundsätze zur unbestrittenen Gültigkeit auch in der deutschen Rechtswissenschaft durchgedrungen sind.

Selbstredend ist übrigens, um hierauf zurückzukommen, jener Satz von der Rückwirkung der dem jus publicum entfließenden Bestimmungen[2]) um nichts richtiger in seiner

---

[1]) Da es seit geraumer Zeit bei sehr vielen unserer Publizisten Mode geworden ist, von der „romanischen" Natur der Franzosen als von einer individualitätslosen Masse zu reden, deren sie von uns unterscheidende Eigentümlichkeit darin beruhe, sich wie ein schlechter Teig vom Staate kneten und verändern zu lassen, so hätten sie also — vor Savigny — eine kostbare Gelegenheit gehabt, dies auch an dem oben berührten Gegensatz der französischen Lehre über den Personenstand usw. darzutun und dagegen die große Knorrigkeit des deutschen Privatindividuums zu bewundern, welches sogar seinen Gesetzgebungsfortschritt von seinem einmal vorhandenen persönlichen Zustand, seinen persönlichen Rechten und sogar seinen Erwartungen abzuhalten weiß, resp. mindestens abzuhalten strebt. Und sicher haben sie sich diese köstliche Gelegenheit nur infolge ihrer ebenso glücklichen als gründlichen Unwissenheit in allen Gebieten reellen Wissens, auf die es hierbei ankommt, entgehen lassen. Jetzt aber ist sie vorüber. Denn seit Savigny — dem man doch kaum französische Tendenzen wird beilegen wollen — sind wir in dieser Hinsicht gerade durch die Wissenschaft glücklicherweise zu demselben von jedem Gesetzgebungswechsel hin- und hergekneteten schlechten Teige degradiert worden!

[2]) Die älteste Stelle übrigens, welche zur Rechtfertigung dieser Behauptung von der rückwirkenden Natur der aus dem öffentlichen Rechte stammenden Gesetze in Anspruch genommen werden könnte, obgleich wir uns nicht erinnern, daß bei irgend

alten Formel als in der ihm bei Savigny gegebenen Gestalt. Es kann gegen ihn alles das gesagt werden, was gegen Savigny gilt. So sind, um an das obige Beispiel anzuknüpfen, Ehescheidung und Ehescheidungsgründe juris publici. Deshalb darf aber eine vollbrachte individuelle Handlung dennoch nicht durch ein späteres Gesetz zu einem Ehescheidungsgrunde werden. Ja, es ließe sich gegen jene ältere Gestalt der Formel noch einiges mehr sagen als gegen Savigny. So ist die Behauptung, daß alle Gesetze juris publici rückwirkender Natur seien, schon deshalb unwahr, weil das Strafrecht doch gewiß juris publici ist und trotzdem niemandem einfallen wird, eine Rückwirkung neuer strafrechtlicher Verbote in Anspruch zu nehmen.

---

einem Autor diese Herleitung versucht wird, ist eine bekannte Stelle des Cicero (Oratoriae Partitiones, C. 37) über das Verhältnis des jus civile zum jus gentium, welches in Rom ein geschlossenes Rechtssystem von bestimmter Wirksamkeit war. War aber durch die Bestimmungen des jus civile etwas prohibiert, so hatte dies nicht einmal nach jus gentium Gültigkeit und Wirksamkeit. Eine gegen die Verbotsgesetze des jus civile geschlossene Ehe wurde z. B. in Rom auch nicht einmal nach jus gentium als wirksam angesehen (s. § 12, I, de nuptiis, 1, 10), wenn sie auch bei anderen Völkern gültig gewesen wäre (s. hierüber Savigny über die Quellen des Rechtes, I, § 22, S. 112), und Cicero spricht a. a. O. diese Regel offen seinem Sohne aus: „Atque etiam hoc inprimis, ut *nostros* mores legesque tuemur, quodammodo naturali jure praescriptum est." Man könnte nun ganz entsprechend der Analogie, welche auch sonst zwischen der örtlichen und der zeitlichen Kollision der Gesetze in Anspruch genommen wird, hieraus herzuleiten versuchen, daß sich das Gesetz der Jetztzeit zum Gesetz der Vorzeit verhalten müsse wie das jus civile zum jus gentium, und deshalb ein dem öffentlichen Recht entflossenes neues Gesetz um seines das Abweichen der Privatwillkür ausschließenden prohibitiven Charakters willen das frühere Recht sofort außer Wirksamkeit setzen müsse.

Nun wird man freilich sagen, jener Grundsatz solle sich auch nur auf das Privatrecht, nicht auf das Strafrecht beziehen. Allein es ist klar, daß, da auch im Strafrecht Rückwirkung unzulässig ist, der Grundsatz, der als die wahrhafte und oberste Rechtsidee an die Spitze der Lehre von der Rückwirkung gestellt werden soll, ein solcher sein muß, der seine Betätigung im Privat- wie im Strafrecht gleichmäßig findet, so daß beide Gebiete sich nur als die Durchführung seines gemeinsamen Grundgedankens erweisen. Wird also auch, wie bei Savigny, die Durchführung durch das Strafrecht nicht gemacht[1]), so muß dennoch der im Privatrecht als die Rechtsidee der Rückwirkung hingestellte Gedanke fähig sein, auch im Strafrecht als das die weiteren Bestimmungen aus sich entwickelnde Prinzip zu fungieren. Es besteht außerdem ein sonderbarer Widerspruch jener Formel darin, daß sie innerhalb des Privatrechtes Rückwirkung verlangt auf Grund dessen, daß etwas dem öffentlichen Rechte entflossen sei und das öffentliche Recht rückwirkende Natur habe, im öffentlichen Recht selbst aber — im Strafrecht — (und ebenso auch in bezug auf andere Teile des öffentlichen Rechtes, wie Staatsbürgerrecht, Indigenatsrecht) dieser Grundsatz durchaus nicht zur Anwendung kommen soll.

In neuester Zeit hat endlich ein hochverdienter land-

---

[1]) Und es erhellt ganz von selbst, warum Savigny freilich die Gültigkeit seines Prinzipes auf das Privatrecht beschränken und Strafrecht wie öffentliches Recht überhaupt ausdrücklich davon ausschließen mußte, weil nämlich hierauf angewendet, sein Grundsatz die maßloseste Rückwirkung erzeugen müßte. Denn welche Handlungen erlaubte sein sollen und welche nicht, gehört zum Dasein der Rechte, so daß neue Strafgesetze nach jenem Grundsatz rückwirken müßten.

rechtlicher Jurist, der Präsident des Königlichen Obertribunals, Dr. Bornemann, unsere Materie einer erneuten Erwägung unterzogen [1]).

Das Verdienst dieser Schrift besteht vorzüglich darin, daß hier bereits (S. 8fg.) der von Savigny aufgestellte Grundsatz „als ein nicht haltbarer" eingestanden wird [2]).

---

[1]) „Erörterungen im Gebiete des preußischen Rechtes von Dr. W. Bornemann (Berlin 1855), Heft 1, S. 1—64.

[2]) Die erste große Autorität, die sich, wenn auch nur in einer allgemeinen Bemerkung, entschieden gegen Savigny erklärt hat, ist Boecking. Derselbe äußert sich nämlich („Pandekten des römischen Privatrechtes usw.," Bonn 1853, I, 317, Not. 6): „Der ausführlichen Besprechung der „„zeitlichen Grenzen der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse.... in Savignys „„System"", Bd. VIII, und der daselbst angeführten Schriftsteller können wir großenteils weder bei-, noch hier im einzelnen entgegentreten." Kurz vor ihm hatte von Scheuerl in einem kleinen Aufsatz in seinen „Beiträgen zum römischen Recht" (Erlangen 1853), S. 137 bis 148, Not. 6, bekannt, daß er trotz seiner großen Bewunderung der von Savigny um diese Lehre sich erworbenen Verdienste sich dennoch „seine Resultate nicht durchweg einfach aneignen könne, sondern sich dadurch zum Teil nur um so mehr zu neuer Untersuchung angeregt fühle," worauf er, nicht ohne die Einwirkung eines richtigen Rechtsgefühles, versucht, einen Unterschied zwischen „schon vorhin vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten" (Ausdruck des Allgemeinen Preußischen Landrechtes, Einleitung, § 14) und den „facta praeterita" aufzustellen, ein Versuch, der ihm aber keineswegs gelungen ist, da bei seiner Definition der facta praeterita als „vollendeter juristischer Tatsachen" oder als „tatsächlicher Verhältnisse, welche kraft einer gewissen Rechtsregel einmal eine feste rechtliche Gestalt bekommen haben," ja eben wieder nach der Definition gefragt werden muß, welches denn im Unterschiede von bloßen „schon vorhin vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten" das Kriterium der „vollendeten" Tatsachen, das Kriterium derjenigen tat-

Es besteht ferner in mancher mit glücklichem Takt vom Autor gegebenen richtigen Entscheidung, der aber freilich dann wieder ebenso häufig irrtümliche gegenüberstehen. Sieht man aber auf die Gründe, mit welchen Bornemann Savigny entgegentritt, sowie auf die von ihm selbst an Stelle der Savignyschen Regel aufgestellten Gesichtspunkte, so läßt sich nicht verkennen, daß diese durchaus nicht stichhaltiger Natur sind und keinenfalls einen Fortschritt gegen die Savignysche Theorie bilden.

An Stelle der von Savigny gewollten Unterscheidung zwischen den beiden Klassen von Rechtsregeln will nämlich Bornemann das weder sehr neue noch sehr tiefe Prinzip setzen, daß es vielmehr überall nur auf die Absicht des Gesetzgebers ankomme. Auch bei Gesetzen, welche das Dasein von Rechtsinstituten beträfen, z. B. bei Lehen, Fideikommissen, Erbzins- oder Erbpachtverhältnissen, sei denkbar, daß der Gesetzgeber nur die Entstehung neuer Rechtsverhältnisse dieser Art habe verhindern, die bereits entstandenen aber bis zu ihrem Absterben oder ihrer Beseitigung durch Übereinkunft der Beteiligten habe fortbestehen lassen wollen. „Folglich werde,“ sagt Bornemann (S. 8), „auch die rückwirkende Kraft der Gesetze, welche das Sein oder Nichtsein von Rechts-

---

sächlichen Verhältnisse sei, welche „kraft einer gewissen Rechtsregel einmal eine feste rechtliche Gestalt bekommen“ haben. In dieser Definition ist ja vielmehr ganz offenbar die erst zu untersuchende Frage durch eine vollständige petitio principii als ein bereits Bekanntes und Gegebenes vorausgesetzt! Nach einer kurzen Erörterung dieses nicht gelungenen Versuches beschränkt sich von Scheuerl darauf, die Einwirkung neuer Gesetze auf Verjährungsfristen mit Savigny zu diskutieren, wobei er übrigens zu demselben praktischen Resultat mit diesem gelangt.

instituten betreffen, hiernach durch die ausdrücklich erklärte oder aus den Umständen erhellende Absicht des Gesetzgebers bestimmt. Dann aber ist zwischen dieser Gattung von Rechtsregeln und den Rechtsregeln, welche sich auf den Erwerb von Rechten beziehen, in bezug auf ihre Rückwirkung kein wesentlicher Unterschied abzusehen."

Wir wollen hier nicht darüber streiten, ob es dem Gesetzgeber wirklich zusteht, wie dies aus Bornemanns Ansicht folgt, auch die Gesetze über den Erwerb der Rechte je nach seiner Absicht beliebig rückwirken zu lassen. Jedenfalls aber folgt daraus, daß der Gesetzgeber die Macht hat, vorkommendenfalls die Natur der Sache auch zu verletzen, doch noch nicht, daß es überhaupt keine objektive Natur der Sache gebe! Bei der wissenschaftlichen Untersuchung dieser Lehre — und eine solche, selbst das preußische Recht nur beiläufig, wenn auch mit besonderer Ausführlichkeit, berücksichtigende Untersuchung erklärt doch Bornemann selbst S. 1 führen zu wollen — zum Requisit der Rückwirkungsfähigkeit eines Gesetzes statt der durch die Wissenschaft festzustellenden Natur der Sache nur die beliebige Absicht des Gesetzgebers zu machen, heißt nichts anderes, als jeden wissenschaftlichen Standpunkt überhaupt aufgeben und an ihm verzweifeln.

Mindestens scheint durch diese die gesetzgeberische Absicht an die Stelle der rechtlichen Natur der Sache setzende Lösung eine schwierige Untersuchung erspart und für die praktische Behandlung ein fester positiver Boden gewonnen zu sein. Aber auch das ist nur ein leerer, sich sofort selbst auflösender Schein. Denn

1. würde schon ein Richter unter einer der zahlreichen früher erwähnten oder diesen etwa hierin noch in Zukunft

nachahmenden K o n s t i t u t i o n e n, welche dem Gesetzgeber die Rückwirkung verbieten, sich nicht mit der Frage nach der A b s i c h t des Gesetzgebers abfinden können, sondern er würde untersuchen müssen, inwiefern nach der rechtlichen Natur der Sache die sofortige Anwendung eines neuen Gesetzes auf schon bestehende Verhältnisse eine unzulässige Rückwirkung in sich schließen würde. Er würde in diesem Falle sogar eine ausdrückliche gesetzgeberische Verordnung insoweit einschränken müssen;

2. liegt für die Wissenschaft die Diskussion ja nicht nur so, wie sie ex lege lata, sondern auch so, wie sie de lege ferenda zu führen ist. Der Gesetzgeber s o l l sich nicht nur, wenn er seinem Begriffe entsprechen will, nach der rechtlichen Natur der Sache richten. Er w i r d sich auch, mindestens in den allermeisten Fällen, und wo nicht ganz besondere ihn unmittelbar bestimmende und über alle Rücksichten hinweggehende Gesichtspunkte vorliegen, nach ihr richten w o l l e n. Wenn sich nun also der Gesetzgeber nach der Wissenschaft umsieht, um aus dieser zu erfahren, was die rechtliche Natur der Sache erfordere, und an dieser objektiven Norm seinen Willen zu gestalten, so wird er, wenn er nun erfährt, daß vielmehr seine eigene A b s i c h t der Inbegriff aller Wissenschaft sei, zwar von dieser seiner eigenen Majestät und Herrlichkeit sehr erbaut, aber doch um so weniger belehrt sein! Zumal heutzutage, wo die Gesetzgebung von ihren transzendenten Höhen in die Bürgerkreise hinuntergestiegen ist, welche noch einigermaßen auf die Resultate der Wissenschaft Rücksicht zu nehmen pflegen, wird jede wissenschaftliche Untersuchung dieser Materie ebenso sehr eine gesetzgeberische als eine judiziäre Wirksamkeit haben und sich daher nicht mit dem bloßen Hinweis auf die positive Vorschrift begnügen können, in welchem Falle überhaupt die wissen-

schaftliche Untersuchung ganz abgeschnitten und alles mit diesem Hinweis gesagt ist.

3. Endlich aber ist die Sache auch da, wo die Untersuchung wie vor unseren Tribunalen nur ex lege lata geführt wird, mit jener Frage nach der Absicht des Gesetzgebers in den allermeisten Fällen um keines Haares Breite von der Stelle gebracht. Denn die unendliche Majorität der bestehenden Gesetze enthält weder eine ausdrückliche, noch aus ihrer wörtlichen Abfassung zu entnehmende Vorschrift über ihre transitorische Anwendung, und ebenso wird das mit der unendlichen Majorität der künftigen Gesetze der Fall sein. Überall aber, wo die Absicht des Gesetzgebers nicht ausdrücklich von ihm ausgesprochen ist und also interpretiert werden muß, wird angenommen werden müssen, daß der Gesetzgeber das gewollt habe, was die rechtliche Natur der Sache erfordert; daß er ihr freien Lauf habe lassen wollen. Man wird dann also, statt in der Absicht des Gesetzgebers einen Maßstab zu haben, welcher die wissenschaftliche Natur der Sache zu ersetzen vermöchte, vielmehr um zu wissen, welches jene sei, auf diese rekurrieren und sie vorher feststellen müssen. Mindestens in der unendlichen Majorität der Fälle wird man also bei der Frage nach der gesetzgeberischen Absicht im Zirkel auf die Frage nach der rechtlichen Natur der Sache zurückgeworfen werden.

Ebensowenig stichhaltig ist, was Bornemann gegen Savigny in bezug auf die Rechtsregeln einwendet, welche das So- oder Anderssein eines Rechtsinstitutes betreffen. Hier will nämlich Bornemann (S. 9fg.) unterscheiden zwischen Rechtsverhältnissen, die ihrer Natur nach eine unbegrenzte oder doch sehr lange Dauer, und solchen, die nur eine vorübergehende Dauer haben.

Gesetze, welche Rechtsinstitute von unbegrenzter oder

doch sehr langer Dauer modifizieren, sollen im allgemeinen rückwirken dürfen; Rechtsverhältnisse aber von bloß vorübergehender Dauer sollen erworbene Rechte sein und von neuen Gesetzen nicht berührt werden können. Dabei soll das sehr Merkwürdige stattfinden, daß zwar, wie bereits erwähnt, Gesetze, welche Rechtsverhältnisse von unbegrenzter oder sehr langer Dauer betreffen, sofort einwirken sollen, aber nur, wenn die Modifikationen, welche das Gesetz in dem betreffenden Rechtsinstitute hervorbringt, nicht zu tief eingreifende sind. Wenn dagegen „das neue Gesetz dergestalt tief eingreift, daß dadurch nicht bloß einzelne Befugnisse" aufgehoben, beschränkt oder umgestaltet werden, sondern „dadurch das ganze Rechtsinstitut, welchem das fragliche Recht angehört, seinem ganzen Wesen nach umgewandelt wird," — gerade dann soll die „Anwendung des neuen Gesetzes auf die vorgefundenen Rechtsverhältnisse mindestens nicht unbedingt zulässig" sein. Mit anderen Worten: Gesetze, welche einzelne Rechtsbefugnisse aufheben oder modifizieren, sollen sofort auf die vorhandenen Verhältnisse anwendbar sein; Gesetze aber, welche dies mit mehreren oder allen aus einem Rechtsinstitut fließenden Befugnissen vornehmen, sollen dies nicht sein [1]). Es läßt sich aber schlechterdings nicht absehen, warum der Gesetzgeber durch seine Vorschrift oder der Richter durch seine Auslegung mich zwar um zwei oder drei Rechtsbefugnisse sollte bringen können, aber nicht um die vier oder fünf, welche diesem Rechtsinstitute überhaupt entfließen, oder wenn sie einmal das letztere nicht können, warum sie das erstere können sollen. Es läßt sich das um so weniger begreifen, als doch gerade

[1]) Es wäre dies also gerade das Gegenteil von der Theorie Savignys, nach welcher vor allem Gesetze, welche das Sein eines ganzen Rechtsinstitutes aufheben, rückwirken müssen.

bei der gänzlichen Aufhebung oder Umwandlung eines Rechtsinstitutes die Exklusion, welche der Gesetzgeber einem bestehenden System von Rechtsbefugnissen entgegenstellt, die totale ist, welche den Richter weit mehr ermächtigen und verpflichten sollte, auf frühere Befugnisse keine Rücksicht zu nehmen.

Es erhellt von selbst, daß diese Theorie eine durchaus unhaltbare ist. Es sind lauter Unterschiede, die sofort in der Hand zerfließen. So ist schon der Fundamentalunterschied zwischen Rechtsverhältnissen von endloser oder sehr langer, und zwischen solchen von kurzer Dauer, ein durchaus nichtiger. Dieser Unterschied ist bereits Savigny nicht entgangen, aber von ihm auch schon auf die richtige Weise erledigt worden. „Die Natur mancher Rechte," sagt Savigny (S. 379), „ist auf eine endlose Dauer eingerichtet, wie das Eigentum vermittels des Erbrechtes, die Sklaverei, die sich durch die Geburt fortsetzt, so daß ein völliges Aufhören dieser Rechte nur durch zufällige Umstände eintreten kann; im Gegensatz anderer Rechte, die schon durch ihre Natur auf ein vorübergehendes Dasein angewiesen sind, sowie fast alle Obligationen, der Nießbrauch, die Familienverhältnisse. Bei beiden ist an sich die Kollisionsfrage auf gleiche Weise zu entscheiden." Zwischen den Rechten von endloser und von vorübergehender Dauer gibt es übrigens wenigstens einen festen Unterschied überhaupt, wenn auch einen auf unsere Materie sehr einflußlosen. Zwischen den Rechten von sehr langer und von kurzer Dauer läßt sich aber nicht einmal eine Grenzlinie ziehen. Dieser rein quantitative Unterschied ist eben deshalb fließender Natur und daher gar keiner prinzipiellen oder rechtlichen Abscheidung fähig. Wenigstens sagt Bornemann nicht, was eine sehr lange und was eine kurze Dauer eines Rechtes

sei, und wir zweifeln, daß irgend jemand statt seiner ein solches Zeitmaß feststellen können wird.

Da Bornemann selbst fühlt, daß mit diesem Unterschiede nichts anzufangen, gibt er ihm bei den Rechten von unbegrenzter oder doch sehr langer Dauer eine andere Gestalt. Er sagt nämlich, daß solche Rechte, wie z. B. Lehen, Reallasten usw. als auf solche Dauer gerichtete Rechte, „mindestens der Regel nach“ gar nicht als ein „erworbenes Recht aufgefaßt, sondern höchstens als Erwartung behandelt werden“ dürfen. Dann aber folge „die rückwirkende Kraft neuer Gesetze auf die gesetzliche Beschaffenheit solcher Rechte, als Regel, schon aus dem Grunde, daß nur erworbene Rechte durch neue Gesetze nicht berührt werden“ (daselbst S. 10). Ein aktuelles Recht, wie z. B. das Zehntrecht oder die Lehnsrechte und gutsherrlichen Rechte auf seiten des berechtigten Inhabers für bloße Erwartungen zu erklären, wird jedem Juristen als bare Unmöglichkeit, als ein Verstoß gegen die einfachsten Grundrechte des Rechtes erscheinen müssen. Es sind diese Rechte ganz so aktuell, wie nur irgend eines im gesamten Rechtsgebiete, und von „Erwartungen“ seitens der Besitzer also hier gar nicht die Rede[1]).

---

[1]) Ein solches Recht ist nicht nur keine Erwartung, sondern es ist gerade das logische Gegenteil derselben. Ein Erbe hat noch kein aktuelles Recht; er erlangt es erst durch das Eintreten eines Umstandes (des Todes des Erblassers). Darum erwartet er. Der Berechtigte bei einem Zehnten einer Reallast ist in der umgekehrten Lage. Er ist gegenwärtig mit dem Rechte befaßt und soll es durch den eintretenden Umstand (Gesetzgebungswechsel) nur verlieren. Er erwartet daher durchaus nicht, sondern wenn unsere Sprache einen das Gegenteil hiervon bezeichnenden Ausdruck hätte, so wäre dieser gerade der angemessene für seine Position!

Statt die sehr aktuellen Rechte „endloser Dauer“ der Berechtigten zu bloßen Erwartungen herabzusetzen, wäre vielmehr umgekehrt von dieser Argumentation nur zu erwarten, daß sie durch ihre Schwäche den Erwartungen der Partei der Berechtigten, den Anspruch auf endlose Dauer ihrer gegenwärtigen Rechte zu einem Rechte zu erheben, möglichsten Vorschub tun wird!

Es kann bei Gründen dieser Art nicht wundernehmen, wenn Bornemann bei den von ihm aufgestellten Grundsätzen sich selbst nicht recht heimisch fühlen kann, sie daher jeden Augenblick durch ein hinzugesetztes „mindestens im allgemeinen,“ „wenigstens der Regel nach,“ „jedenfalls in manchen Rechtsverhältnissen“ und ähnliche Ausdrucksweisen in ihrer Tragweite abzuschwächen sucht, ihnen aber eben dadurch jeden präzisen und prinzipiellen Charakter nimmt und uns wieder in das vorsavignysche Ausnahmenchaos zurückwirft, in dessen durcheinanderschwankendem Gemenge von Ausnahmen, die ihre Regel beständig aufheben, jede kosmische Gedankenordnung untergegangen ist.

Obwohl nun ein solches Straucheln so bedeutender Juristen an unserer Materie zu doppelter Vorsicht mahnen muß, und obwohl das Geständnis, das Savigny selbst (Bd. VIII, Vorrede S. VI) ablegt, es sei eine Unmöglichkeit, diese Aufgabe schon jetzt zu einem Abschluß zu führen, der Autor müsse es sich vielmehr hierbei bereits „zur Ehre rechnen, wenn sein Versuch in der ferneren Entwicklung nur noch als einzelner, vorbereitender Schritt im Angedenken bleiben sollte,“ ein Unternehmen um so mißlicher macht, welches, wie dies der Philosophie nicht anders möglich ist, mit dem Anspruch einer absoluten Lösung auftreten muß, so liegt doch gerade hierin auch eine um so größere Aufforderung, diesen Gegenstand einer

wiederholten Untersuchung zu unterwerfen und den spekulativen Begriff durch die einfache Tätigkeit seiner Dialektik das leisten zu lassen, woran die größten Juristen scheiterten und was sie offen als eine Unmöglichkeit eingestanden. Es fehlt aber auch nicht an anderen und praktischen Gründen, welche dies als besonders zeitgemäß erscheinen lassen.

So ist schon oben darauf aufmerksam gemacht, wie, nachdem die Gesetzgebung von ihrer transzendenten Höhe in die Bürgerkreise hinunterzusteigen begonnen hat, ein verstärkter Einfluß der Wissenschaft auf die Gesetzgebung möglich ist. Noch konkretere Gründe liegen nahe. Der Gesetzgebungswechsel in Deutschland war in den letzten zwölf Jahren ein sehr lebhafter im Verhältnis zu früheren Perioden. Und doch dürfte er nur ein äußerst unbedeutender zu nennen sein, verglichen mit dem ganz anders sturmvoll bewegten, der uns in naher Zukunft bevorsteht. Es kommt hinzu, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung, so sehr er auch zunächst als eine einfache stets gültige Vorschrift des Privatrechtes erscheint, seine eigene Geschichte hat, die immer mit dem politischen Charakter der Periode in der innigsten Verbindung steht, so daß er sogar einer eigenen und sehr lehrreichen Geschichtschreibung fähig wäre. Wer nämlich in unsere Materie auch nur ganz oberflächlich eingedrungen ist, wird begreifen, daß und warum alle Zeiten von gesteigerter historischer Entwicklung — solche also, die man gewöhnlich revolutionäre Zeiten zu nennen pflegt — geneigt sein müssen, dem Grundsatz der sofortigen Anwendung neuer Gesetze eine möglichst weite Ausdehnung zu geben, während alle Zeiten der Reaktion — und ebenso alle Parteien von reaktionärer Tendenz in Zeiten gesteigerter historischer Entwicklung — den Grundsatz der Nichtrückwirkung zur un-

zulässigsten Ausspannung aufzutreiben streben; freilich nur insofern es für diese Parteien nicht gilt, eigene durch die frühere Gesetzgebung verloren gegangene Rechte wiederzuerobern! Denn sobald es sich hierum handelt, pflegen dieselben am eifrigsten dabei zu sein, trotz aller Formeln und Wendungen, in denen sie den Grundsatz der Nichtrückwirkung sonst heilig sprechen, denselben auf das gewaltsamste unter die Füße zu treten.

Frankreich liefert uns auch hierfür wieder die lehrreichsten Belege, und es kann erforderlich scheinen, das hier abstrakt Gesagte mindestens durch einige auffällige Beispiele zu klarster Anschaulichkeit zu bringen.

Durch das Gesetz vom 14. November 1792 hatte der französische Nationalkonvent alle fideikommissarischen Substitutionen von da ab untersagt und alle zur Zeit bestehende Fideikommisse in freies Eigentum in der Hand ihrer Besitzer verwandelt. Er hatte ferner durch das Gesetz vom 7. März 1793 alle testamentarische Dispositionen und auch die unwiderruflichen Erbverträge verboten. Durch die Gesetze vom 5. Brumaire II und besonders vom 17. Nivôse desselben Jahres (6. Januar 1794) ging der Konvent aber weiter und verfügte [1]) unter anderem, daß alle seit dem 14. Juli 1789 geschaffenen fideikommissarischen Substitutionen und Erbverträge [2]) nichtig sein und die vermöge solcher Stipulationen seitdem erworbenen Güter ebenso wie alle seit demselben Tage eröffneten Erb-

[1]) S. Art. 13 des Brumaire-Gesetzes, Art. 2 des Gesetzes vom 17. Nivôse und vgl. die Antwort auf die 52. Frage in dem vom Konvent auf den Bericht des Gesetzgebungskomitees erlassenen Dekrete vom 22. Ventôse II.

[2]) Sowie auch die vor dem 14. Juli 1789 geschaffenen Substitutionen, Erbfolgeverträge und Testamente, wenn die Urheber am 14. Juli noch am Leben waren.

schaften trotz aller entgegenstehenden Gesetze, Schenkungen, Testamente und Dispositionen aller Art und trotz aller schon vollbrachten Teilungen von neuem nach dem Grundsatze der Gleichheit unter den natürlichen Erben des Verstorbenen geteilt werden sollten. — Wir werden später Anlaß haben, dieses Gesetz in bezug auf die allgemein bejahte Frage, inwiefern dasselbe eine Rückwirkung in sich schließe, einer strengen wissenschaftlichen Analyse zu unterwerfen.

Wie dem inzwischen auch sei, als die Wogen der Thermidor-Reaktion höher und höher stiegen, ging man von der Ansicht aus, daß dasselbe rückwirkender Natur gewesen sei, und man beeilte sich nun durch die Gesetze vom 9. Fructidor III und vom 3. Vendémiaire IV (25. September 1795) die retroaktiven Dispositionen der Gesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II[1]) — während man ihre erbrechtlichen Grundsätze für die Zukunft aufrecht erhielt — wieder aufzuheben. Aber man begnügte sich nicht, diese Aufhebung von jetzt ab auszusprechen, so daß nunmehr z. B. bloß alle seit dem 14. Juli 1789 und vor dem sie bereits verbietenden Gesetze vom 7. März 1793 geschlossenen Erbverträge, die sich von jetzt ab noch durch den Tod des Erblassers eröffnen würden, oder alle seit dem 14. Juli 1789 geschaffenen und vor dem sie bereits in freies Eigentum verwandelnden Gesetze vom 14. November 1792 eröffneten, aber etwa noch in Liquidation befindlichen Fideikommisse aufrecht erhalten bleiben sollten, sondern man gab nun der Aufhebung jener der Rückwirkung angeklagten Gesetze einen jedenfalls und unzweifelhaft rückwirkenden

[1]) Ebenso die Dekrete des Konvents vom 22. Ventôse II, vom 9 Fructidor II usw.

Effekt. Man verordnete, daß die Personen, welche auf Grund jener Gesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II in gesetzlicher Weise Erbschaften erworben hatten, zur Herausgabe verpflichtet, daß alle ergangenen rechtskräftigen Urteile vernichtet, alle auch gänzlich beendeten Teilungen wirkungslos sein und die bereits zweimal geteilten Erblassenschaften einer dritten Teilung unterzogen werden sollten. Ja, während der Nationalkonvent in den Gesetzen vom 5. Brumaire[1]) und 17. Nivôse II[2]), die bona fides der bisherigen Besitzer respektierend, verordnet hatte, daß dieselben nicht nur wegen der stattgehabten Nutzungen keinerlei Ersatz zu leisten hätten, sondern sogar schlechthin, daß die durch die neuen Gesetze berufenen natürlichen Erben die Güter durchaus in dem Zustande nehmen müßten, in welchen sie sich zur Zeit befänden, ging die Thermidor-Reaktion weiter und sicherte den von ihr wiedereingesetzten Personen gegen die durch die aufgehobenen Gesetze berufenen und durch dieselbe bona fides gedeckten Besitzer eine Aktion wegen inzwischen erfolgter Hochwaldsfällungen zu (. . . „sauf l'action pour abbatis de bois-futaie"; Art. 3 des Gesetzes vom 3. Vendémiaire IV[3])).

---

[1]) Art. 16: Dans les partages et rapports qui seront faits en exécution des articles précédents, il ne sera fait aucune restitution ni rapport des fruits et intérêts qui avant la promulgation du présent décret, auront été perçus en vertu des lois, coutumes et dispositions auxquelles il a été cidessus dérogé.

[2]) Art. 46, dem eben zitierten Art. 16 entsprechend, und dazu noch außerdem Art. 47: „Les héritiers naturels rappelés par le présent décret seront *tenus de recevoir les biens en l'état où ils se trouvent actuellement*" usw.

[3]) Man muß aber nicht etwa glauben, daß, wie vielleicht sehr plausibel erscheinen möchte und wie dies Merlin in der Tat in einer bald zu erwähnenden Konventsitzung darzustellen

Ebenso hatte der Nationalkonvent durch Gesetz vom 4.—6. Juni 1793 im Prinzip die Sukzessionsfähigkeit der natürlichen Kinder in den elterlichen Nachlaß dekretiert und zur Regelung dieser Verhältnisse das Gesetz vom

---

suchte, die retroaktiven Bestimmungen des Gesetzes vom 17. Nivôse dem Konvent wider seine eigene Ansicht durch die am 9. Thermidor gestürzte Partei der Schreckensherrschaft aufgezwungen und in einfacher Folge hiervon nach dem Sturz Robespierres wieder aufgehoben worden wären. Der Konvent blieb vielmehr noch lange nach dem 9. Thermidor von der Richtigkeit der hierüber im Nivôsegesetz aufgestellten Grundsätze durchdrungen und nur sehr allmählich und mit der fortschreitenden Hitze der rückschreitenden Bewegung gelangte man zu der Ansicht, eine unzulässige Rückwirkung in ihnen zu sehen. Weil dies mit unserer obigen Behauptung über den den Individuen selbst oft unbewußten und unmerklichen Einfluß der politischen Ansichten und ihrer Strömung auf die Auffassung des Rückwirkungsgedankens zusammenhängt, und weil selbst unsere ausführlichsten Geschichtswerke, französische wie deutsche, noch immer den Einwirkungen der französischen Revolution auf die privatrechtliche Lage der Individuen jede detailliertere Aufmerksamkeit zu schenken verabsäumen — werden doch nicht einmal so überaus charakteristische Tatsachen wie die durch den Retroaktiveffekt der oben bezogenen Gesetze vom 17. Nivôse II usw. und wieder 3. Vendémiaire IV usw. hervorgerufenen zwei- und dreimaligen Teilungen der Erbschaften, die In- und Außerbesitzsetzungen der natürlichen Kinder usw. von ihnen auch nur erwähnt —, so halten wir darauf, jenen Verlauf um seines bedeutenden geschichtlichen Interesses willen hier zu konstatieren.

Während also Robespierre und seine Partei am 9. Thermidor II (27. Juli 1794) gestürzt wurde, erließ noch einen Monat später, am 9. Fructidor II (26. August 1794), der Konvent auf den Bericht seines Gesetzgebungskomitees über verschiedene hinsichts des Nivôsegesetzes eingegangene Petitionen und zur Schlichtung der in denselben aufgeworfenen Fragen, ein Dekret (ganz nach Art des Dekretes vom 22. Ventôse II), in

12. Brumaire II (2. November 1793) erlassen, nach welchem (Art. 1) die existierenden unehelichen Kinder in alle bereits seit dem 14. Juli 1789 eröffneten Erbschaften ihrer Eltern sukzedieren sollten. Durch Gesetz vom 15.

---

welchem er überall auf das strengste an den Bestimmungen und Grundsätzen des Nivôsegesetzes festhält. Ja, am selben Tage erließ der Konvent sogar ein Dekret (décret additionnel à celui du 17—21 nivôse sur les successions), in welchem er, das Nivôsegesetz noch ausdehnend, verfügt, daß auch die Hinterlassenschaften aller seit zehn Jahren vor dem 14. Juli 1789 Abwesenden nach den Grundsätzen jenes Gesetzes geteilt werden sollten. Und wir bemerken einstweilen, daß es Berlier war, welcher diesen Gesetzvorschlag dem Konvent präsentierte (s. den Moniteur vom 11. Fructidor II). Selbst noch im Brumaire III (Oktober—November 1794) dachte der Konvent noch nicht an die Rücknahme jener retroaktiven Bestimmung, wie wir bald sehen werden. Ja, nicht genug; noch am 11. Nivôse III — also am 31. Dezember 1794 — ging der Konvent, durch Petitionen wie Anträge um Rücknahme jener Bestimmungen bestürmt, nicht nur zur Tagesordnung über, sondern dekretierte sogar, daß dieser Übergang zur Tagesordnung in das Bulletin de correspondance aufgenommen werden sollte, um hierdurch auf das nachdrücklichste zu zeigen, daß er zur Aufrechterhaltung jenes Gesetzes fest entschlossen sei. — Wir entnehmen letztere Tatsachen dem Eingeständnis, welches Merlin in einer viel späteren Zeit, in seinem als Generalprokurator am Pariser Kassationshofe in der Sitzung desselben vom 21. Vendémiaire X (13. Oktober 1801) im Prozeß Dubarry contra Lonjon gehaltenen Plädoyer abgelegt hat, in einer Zeit also, in welcher sich die Leidenschaften beruhigt hatten und er sich vielleicht selbst nicht mehr erinnerte, wie sehr er durch dies Eingeständnis die von ihm in der Konventssitzung vom 5. Floréal III aufgestellten Behauptungen selbst Lügen strafte. Merlin sagt in jenem Plädoyer (abgedruckt in seinen Questions de droit [Paris 1828], III, 581) wörtlich: „Mais premièrement, il n'existait en brumaire an III, aucun indice que l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse an II dût être rapporté; et la Convention nationale

Thermidor IV (5. August 1796) verfügte dagegen die Thermidor-Reaktion, daß dieser auf den 14. Juli 1789 zurückwirkende Effekt aufgehoben sein und die in der Zwischenzeit vom 14. Juli 1789 bis zum 4. Juni 1793 von den natürlichen Kindern auf Grund jenes Gesetzes

---

elle-même y était alors *si peu disposée* que deux mois après, le 11 nivôse an III, non seulement elle a passé à l'ordre du jour sur la proposition qui lui était faite de rapporter ces dispositions extraordinaires, mais elle a encore ordonné que le décret par lequel elle avait écarté cette proposition, fût inséré *au Bulletin de correspondance, afin sans doute de manifester avec d'autant plus d'éclat, l'intention où elle était de maintenir la loi dans son intégrité.*" Erst in der Sitzung vom 5. Floréal III (24. April 1795) war es, daß die Suspension aller auf Grund des Nivôsegesetzes noch schwebenden Prozeduren vom Konvent dekretiert wurde. Wenn Merlin also in dieser Sitzung (s. den Moniteur vom 9. Floréal III) die Behauptung aufstellt, der Art. 14 der Deklaration der Menschenrechte von 1793 habe (s. oben S. 57, Anmerk. 2) nach der ursprünglichen Absicht auch im Zivilrecht das Rückwirken neuer Gesetze ausschließen sollen, so kann er hierin vollständig recht haben, denn die in Rede stehenden Bestimmungen des Nivôsegesetzes enthielten, wie wir später sehen werden, nach Ansicht des Konventes gar keine wirkliche Rückwirkung. Wenn aber Merlin ferner in dieser Rede, die Pétitionnaires, welche die Barre des Konventes bestürmten, unterstützend, das Nivôsegesetz so darstellen will, als sei es nur von Couthon, Hérault-Séchelles und Fabre d'Eglantine usw. dem Konvent aufgezwungen worden, wenn er behauptet, keiner seiner Kollegen habe sich zur Redaktion dieses Gesetzes hergeben wollen, nur mit List habe Berlier dazu bestimmt werden können, und zwanzigmal habe dieser die Piecen auf das Bureau zurückgeworfen „en disant qu'il ne voulait pas être le rédacteur d'une loi aussi infâme," so ist er in dieser ganzen Darstellung der Unwahrheit überführt durch sein eigenes späteres, das Verhalten des Konvents zu jenem Gesetz noch lange nach dem Thermidor so ganz anders schilderndes Geständnis; er ist endlich in bezug auf Berlier der Unwahrheit

erworbenen Erbteile wieder von ihnen herausgegeben werden sollten (nach den Formen des Gesetzes vom 3. Vendémiaire IV).

Die Napoleonische Gesetzgebung trägt den Charakter ihrer ermatteten und relativ rückwärts gewendeten Periode in ruhigerer Weise insofern an sich, daß sie dem Grundsatz der Nichtrückwirkung die unzulässigste Ausdehnung gibt [1]). So verordnet der Code Napoléon z. B. (Art. 2281

überführt durch die schon vorher konstatierte Tatsache, daß dieser noch einen Monat nach dem Sturz der Schreckensherrschaft den die Prinzipien des Nivôsegesetzes von neuem anwendenden und resp. ausdehnenden Gesetzesvorschlag vom 9. Fructidor II machte, und schließlich auch noch dadurch, daß Berlier in seinem früher dem Konvent erstatteten Bericht zum Dekret vom 22. Ventôse II ausdrücklich geleugnet hatte, daß das Nivôsegesetz eine Rückwirkung in sich schließe (s. den Bericht Berliers im Moniteur vom 25. Ventôse II).

[1]) Es wird dies schon durch die oben im Text nachfolgenden Beispiele und durch die dabei angeführten Erklärungen der französischen Regierungsredner hinlänglich erwiesen. Übrigens gilt das Gesagte noch weniger vom Code selbst, als von den transitorischen Gesetzen und anderen Dekreten und Erlassen der kaiserlichen Regierung. So ist z. B. der Art. 2 des Gesetzes über die natürlichen Kinder vom 14. Floréal XI den französisch-rechtlichen Ansichten nicht entsprechend. Noch weniger ist dies mit dem Avis du conseil d'état vom 20. September 1809 der Fall, welcher verordnet, daß bei Kontumazialverurteilungen zum bürgerlichen Tode die durch Art. 28 C. c. hieran geknüpften Folgen für die Art der Vermögensverwaltung nur für später Verurteilte eintreten sollten. Ebenso steht das Zinsengesetz vom 3. September 1807 durch seine im Art. 5 verfügte Unanwendbarkeit des Maximums auf die bestehenden Verträge in einem auffälligen Gegensatz mit einem in der Folge anzuführenden preußischen Gesetz hierüber und gewiß auch in einem unleugbaren inneren Widerspruch mit dem die Freilassung der Schuldgefangenen verordnenden Dekret des Konventes vom 9. bis

C. c.), daß die bereits begonnenen Verjährungen nicht nach den neuen vom Gesetz bestellten Fristen, sondern nach den älteren berechnet werden sollten, eine von der Wissenschaft einmütig verworfene Bestimmung [1]).

---

12 März 1793. Der Art. 1041 Code de procéd., bestimmend, daß die neuen Prozedurformen auf schon eingeleitete Prozesse keine Anwendung finden sollen, steht, trotz des einschränkenden Avis du conseil d'état vom 6. Januar und 16. Februar 1807, gleichfalls nicht mit der französischen Rechtswissenschaft in Übereinstimmung. In schreiender Weise verstößt gegen dieselbe der Art. 155 des Organisationsdekretes für die hanseatischen Departements vom 4. Juli 1811, welcher bestimmt, daß die durch dies Dekret abgeschafften Substitutionen noch wirksam bleiben sollten für die bereits lebenden nächsten Berufenen usw. Wenn man letzteres etwa als eine Billigkeitsausnahme auffassen sollte, so wird sich später zeigen, daß solche angebliche Billigkeit, die überdies der französischen Doktrin ganz entgegen ist, vielmehr eine hohe Unbilligkeit und Rechtswidrigkeit darstellt. Übrigens hat die kaiserliche Gesetzgebung durch diese und ähnliche Verordnungen im allgemeinen keinen dauernden und umändernden Einfluß auf die französische Doktrin ausgeübt.

[1]) Vgl. Bornemann, a. a. O., S. 39. Savigny, a. a. O., S. 434. Simon und Strampff, Zeitschrift, II, 28 fg. Bergmann, Das Verbot der rückwirkenden Kraft (Hannover 1818), S. 34 und 247 fg. Die französischen Schriftsteller selbst leugnen die theoretische Unrichtigkeit dieses Grundsatzes, der schon mit der alten französischen Jurisprudenz, die sich in bezug auf die königlichen Ordonnanzen von 1510 und 1673 gebildet hatte, in Widerspruch steht, durchaus nicht, und streben deshalb, diese Bestimmung des Code civil lediglich auf die im Code civil bestellten Verjährungsfristen zu beschränken, ihre Unanwendbarkeit auf die erst vom Code de procédure festgesetzten behauptend; s. Merlin, Répert. v^{0} Effet rétroactif, Sect. 3, §§ 3 und 11, und Troplong, De la Prescription, S. 522. Ebenso hat der Pariser Kassationshof durch Urteil vom 30. November 1813

So wurde ferner in dem transitorischen Gesetz vom 26. Germinal XI, durch welches das Scheidungsgesetz des Code Napoléon eingeführt wurde, bestimmt, daß dieses auf die bereits eingereichten Scheidungsklagen keinerlei Wirkung ausüben, dieselben vielmehr nach den alten Grundsätzen und Formen abgeurteilt werden sollten. Und dies wurde vom Regierungsredner Staatsrat Réal in seinem Exposé des motifs vor dem legislativen Körper nicht aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt, sondern vielmehr ausdrücklich als eine notwendige Folge des über die Nichtrückwirkung handelnden Art. 2 Code civil behauptet[1]). Das Recht auf Scheidung wurde von Herrn Réal aus-

---

die Unanwendbarkeit jener Vorschrift auf Verjährungen, die durch ein Spezialgesetz bestellt sind, angenommen. Es muß daher um so mehr wundernehmen, wenn in einer Entscheidung des Königlichen Obertribunals (Praejud. 2210) unter Bezugnahme auf den Art. 2281 C. c. die völlig falsche Ansicht ausgesprochen werden konnte, daß der mit der richtigen Theorie ganz übereinstimmende § XVII des Einführungspatentes vom 5. Februar 1794 zum Allgemeinen Landrecht nur eine positive transitorische Bestimmung enthielte, welche auf den Übergang aus dem alten Rechtszustand in den des Allgemeinen Landrechtes zu beschränken sei und ebenso gut auch anders — nämlich dem Art. 2281 C. c. entsprechend — hätte geordnet werden können!

[1]) Herr Réal geht deshalb so weit, zu sagen, daß das ganze transitorische Germinalgesetz eigentlich überflüssig sei. Es ergebe sich sein Inhalt aus dem Art. 2 Code civil eigentlich von selbst: „Et peut-être que cette solennelle profession de foi, peut-être que cette règle de conduite placée en tête du code dont la loi sur le divorce fait partie, pouvait amener à regarder comme inutile la loi transitoire dont le projet vous est soumis!! Mais le Gouvernement a été instruit que *des doutes* (!!) s'élevaient" usw.

drücklich für ein „droit acquis“ [1]), für ein erworbenes Recht ausgegeben [2])!

Von der preußischen Gesetzgebung läßt sich nachweisen, daß in ihr ein großer — und zwar erfreulicher

---

[1]) „Dans sa disposition générale, le projet de loi que nous vous présentons, appliquant le principe proclamé par l'art. 2 du code prononce que le droit résultant de la loi ancienne est *acquis* à celui qui a usé de ce droit antérieurement à la publication de la loi nouvelle.“

[2]) Um wieviel richtiger dagegen die mit den später zu entwickelnden Grundsätzen der Wissenschaft genau übereinstimmenden Publikationspatente des preußischen Gesetzgebers hierüber in den Jahren 1814—1816, auf welche schon oben (S. 73, Anm. 1) Bezug genommen ist! — Jenes Exposé des motifs des Staatsrates Réal läßt übrigens sehr deutlich erkennen, aus welcher historischen Ursache in jener Periode diese übertriebenen Auffassungen der Nichtrückwirkung stammen. Er erinnert zuerst an die allgemeine Übereinstimmung der Jurisconsulten aller Zeiten über diesen Grundsatz und wirft dann einen mit Abscheu erfüllten Blick auf die Zeiten des Konvents, in denen allein er mit Füßen getreten worden sei. „C'est sans doute parce que *dans ces temps de troubles* dont nous sortons à peine, cette vérité, aujourd'hui si religieusement respectée, a été *plus audacieusement foulée aux pieds* que vous retrouvez à la tête du Code Napoléon, sous l'art. 2 du Titre préliminaire, la déclaration suivante que son évidence devait sans ce motif dispenser de toute publication: La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif.“ Die Sache ist, daß man, die Grundsätze der Wissenschaft über diese Materie sehr wenig beherrschend, dem Konvent jedenfalls sehr viel Fälle von Rückwirkung vorwarf, in denen eine solche in Wahrheit durchaus nicht zu finden ist. Um sich von ihm so sehr als möglich zu entfernen und in dem oben erwähnten jeder Reaktionsperiode natürlichen Streben, die Gültigkeit der Nichtrückwirkung zu übertreiben, kam man so weit, daß, wie Herr Réal, in einer Scheidungsklage, der Regierungsredner Staatsrat Bigot-Préameneu in seinem dem gesetzgebenden Körper ent-

— Umschwung der Ansichten hierüber zwischen den Jahren 1803 und 1814 eingetreten ist, ein Fortschritt, welcher in dieser Hinsicht auch die Grundsätze der Napoleonischen Gesetzgebung, die freilich durchaus nicht hierin mit den Grundsätzen der französischen Jurisprudenz für überall identisch gehalten werden dürfen[1]), in manchen Stücken weit hinter sich zurückläßt. Um diesen zwischen 1803 und 1814 in der preußischen Legislation eingetretenen Fortschritt darzutun, reicht es hin, das preußische Publikationspatent vom 24. März 1803 für das Fürstentum Eichsfeld, Mühlhausen, Nordhausen usw. mit den in den Jahren 1814 und 1816 erlassenen Publikationspatenten in einigen Stücken zu vergleichen. So heißt es in den §§ 5 und 6 des Publikationspatentes von 1803[2]): wie alle älteren Verträge „in Ansehung ihrer Form und ihres Inhaltes" — „ebenso müssen alle Testamente und alle letztwillige Verordnungen, welche vor dem 1. Juni 1804 errichtet sind, durchgehends nach den Vor-

wickelten Exposé des motifs über den Verjährungstitel (Locré, Motifs, VII, 162, 171) in dem Beginn einer Verjährungsfrist nach einem Gesetze das „erworbene Recht" suchte, sie nach demselben Gesetze zu Ende zu führen. („Il faut éviter l'effet rétroactif. — Il suffit qu'un droit éventuel soit attaché à la prescription commencée pour que ce droit doive dépendre de l'ancienne loi," Äußerungen, für die er von Merlin und Troplong, a. a. O., auf das härteste zur Rede gesetzt wird.)

[1]) Wir verwahren uns übrigens gegen die aus Äußerungen wie die obige etwa zu folgernde Meinung, als wären wir mit den Ansichten der französischen Jurisprudenz grundsätzlich einverstanden. Es gilt vielmehr von der französischen Ansicht über die Nichtrückwirkung ebenso sehr wie von der Savignys, daß sie sowohl zu weit als zu eng ist, wie sich dies im positiven Teile herausstellen wird.

[2]) Vgl. § XII des Publikationspatentes vom 5. Februar 1794 bei der Einführung des Allgemeinen Landrechtes.

schriften der älteren Gesetze beurteilt werden, wenngleich das Ableben des Erblassers erst später erfolgt sein sollte."

Hiernach waren also die Testamente nicht nur in bezug auf ihre Form, sondern, wie Bergmann (s. oben S. 81) will, auch in bezug auf die Gültigkeit ihres Inhaltes gegen die Anwendbarkeit der neuen landrechtlichen Bestimmungen über Testierfähigkeit, Fähigkeit der Honorierten und Pflichtteil trotz der noch nicht erfolgten Delation der Erbschaft geschützt. Es waren bloße Erwartungen wie erworbene Rechte behandelt. Dagegen heißt es im § 6 des preußischen Publikationspatentes vom 9. September 1814 (für die Altmark, Herzogtum Magdeburg usw.) ausdrücklich, daß die bestehenden Testamente nur „in Rücksicht ihrer Form" nach den älteren Gesetzen zu beurteilen seien, und in den Publikationspatenten von 1816 wird noch zum Überfluß besonders hinzugesetzt, daß der Inhalt der Testamente nur gültig sei, „insofern nicht Prohibitivgesetze zur Zeit des Erbanfalles ihm entgegenstehen. In letzterer Rücksicht ist insbesondere die Lehre von der Erbfähigkeit der instituierten Erben und vom Pflichtteil nach den zur Zeit des Erbanfalles geltenden Gesetzen zu beurteilen."

Ebenso wird in dem Publikationspatent von 1803 in § 8 verordnet[1]), daß auch die „Grundsätze wegen Trennung der Ehe" — die doch zum persönlichen Eherecht gehört —, nach den Gesetzen zur Zeit der Eheschließung zu beurteilen seien. Im § 9 des Patentes von 1814 — und ebenso in allen späteren Publikationspatenten — wird dagegen bestimmt, daß in bezug auf die Scheidung die Bestimmungen des neuen Landrechtes platzgreifen sollen.

[1]) Entsprechend dem § XIV des Publikationspatentes vom 5. Februar 1794 zum Allgemeinen Landrecht.

In § 10 des Patentes von 1814 wird verfügt, daß vom Tage der Gesetzeskraft des Landrechtes ab der nach den Bestimmungen desselben dem Vater zustehende Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder eintreten, der der Mutter aber nach Maßgabe dieser Bestimmungen fortfallen sollte. In dem Patent von 1803 dagegen [1]) fehlt jede solche spezielle Vorschrift, und durch die allgemeine Verfügung des § 4 daselbst war das Gegenteil darüber entschieden [2]). Ebenso wird in § 11 des Patentes von 1814 bestimmt, daß auch die früher geborenen unehelichen Kinder von dem Tage der Geltung des Allgemeinen Landrechtes ab mit den in diesem unehelichen Kindern beigelegten Rechten befaßt sein sollten. In dem älteren Patent von 1803 fehlt jede solche Ausnahme, und nach der in § 4 daselbst gegebenen Regel war das Gegenteil festgestellt [3]).

---

[1]) Und ebenso im Publikationspatent vom 5. Februar 1794.

[2]) Denn im § 4 heißt es (entsprechend dem § VIII im Publikationspatent vom 5. Februar 1794): „Auch soll ein jeder, welcher zur Zeit der Publikation des Allgemeinen Landrechtes in einem nach bisherigen Rechten gültigen und zu Recht beständigen Besitze irgend einer Sache oder eines Rechtes sich befindet, gegen jedermann geschützt und niemand in dem Genusse seiner wohlerworbenen Gerechtsame unter irgend einem aus dem Allgemeinen Landrecht entlehnten Vorwande gestört oder beeinträchtigt werden."

[3]) Denn es heißt daselbst (entsprechend dem § VIII des Publikationspatentes vom 5. Februar 1794): „Auf die schon früher vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten soll das Allgemeine Landrecht nicht angewendet, sondern dabei nach den §§ 14—20 der Einleitung vorgeschriebenen Grundsätzen verfahren werden." In diesen findet sich aber hierüber nur in § 14 die Wiederholung, daß neue Gesetze auf frühere Handlungen und Begebenheiten nicht anzuwenden sind, und in § 19 die Bestimmung: „Insofern aus einer verbotenen Hand-

In bezug auf die erlaubte Höhe der Zinsen ist in § 14 des Patentes von 1814 verordnet, daß die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechtes hierüber vom Tage seiner Gesetzeskraft ab dergestalt eintreten sollen, „daß, wenn in einem früheren Vertrage höhere Zinsen verabredet worden, als die preußischen Gesetze verstatten, von dem Tage der Wirksamkeit des letzteren der Schuldner nur zur Zahlung der erlaubten niedrigen Zinsen verpflichtet ist." In dem älteren Patent fehlt diese Bestimmung, und da vielmehr in demselben in § 5 (entsprechend dem § XI des Publikationspatentes vom 5. Februar 1794) ohne jede Ausnahme bestimmt ist, alle Verträge müssen „in Ansehung ihrer Form und ihres Inhaltes sowie auch der daraus entstehenden rechtlichen Folgen nach den Gesetzen zur Zeit des geschlossenen Kontraktes beurteilt werden, wenngleich erst später daraus auf Erfüllung, Aufhebung oder Leistung des Interesse geklagt würde," so war hierdurch wieder das Gegenteil festgesetzt[1]).

Ebenso wird in § 15 des Patentes von 1814 in bezug auf die Vorzugsrechte von Gläubigern ein Unterschied gemacht und gesagt, daß, wenn es auf eine bloße Klassifikation (also auf eine aus dem Gesetz selbst herrührende Bevorzugung) der Forderungen mehrerer Gläubiger ankommt, in Fällen des späteren Streites die preußischen Gesetze, ohne Rücksicht auf die zur Zeit der Entstehung der Forderung geltend gewesenen Gesetze,

---

lung Privatrechte entspringen, muß auf die Gesetze, welche zur Zeit der Handlung gültig waren, Rücksicht genommen werden."

[1]) In der Tat verwerfen Savigny und fast alle seine Nachfolger ein solches sofortiges Eingreifen der Zinsgesetze als eine unerlaubte Rückwirkung, aber mit großem Unrecht, wie sich uns an seinem Ort ergeben wird.

maßgebend sein sollten. Bei wirklichen Pfandrechten (und ebenso bei gesetzlichen Hypotheken) müßten dagegen die Gläubiger in ihren älteren Rechten geschützt werden.

In den älteren Patenten findet sich dagegen eine solche Unterscheidung nicht, und mußten die Gläubiger nach den allgemeinen Vorschriften derselben bei den Vorzugsrechten ihrer Forderungen nach den Gesetzen zur Zeit ihrer Entstehung geschützt [1]) werden.

Wir bemerken noch, daß alle angeführten Punkte des Patentes von 1814 sich ganz ebenso in allen späteren Publikationspatenten von 1816 wiederfinden, dasselbe also durchaus keine Singularität darstellt.

Was sich bei dieser Vergleichung offenbar ergibt, ist zunächst zweierlei. Ein gänzlicher Stillstand der gesetzgeberischen Ansichten über unsere Materie in den zehn Jahren von 1794—1804, und dagegen ein sehr lebhafter Umschwung dieser Ansichten, und zwar ein mindestens in den allermeisten Fällen höchst erfreulich zu nennender Fortschritt derselben, in den anderen zehn Jahren von 1804—1814, ein Fortschritt, welcher sich bei uns also gerade genau in derselben Periode vollbrachte, in welcher in Frankreich der oben angedeutete relative Rückschritt der kaiserlichen Gesetzgebung stattfand.

Fragt man nun nach den Ursachen dieses in Preußen zwischen 1804 und 1814 eingetretenen so bedeutenden und mit dem früheren Stillstand so lebhaft konstrastieren-

[1]) Was in bezug hierauf wahrhaft anzunehmen ist, darüber später. — Endlich enthält das Patent von 1814 in § 14 noch die Bestimmung: „Die Volljährigkeit tritt in Absicht aller derjenigen Personen, welche solche vor dem 1. Januar 1815 nach den bisherigen Gesetzen noch nicht erreicht haben, erst mit dem vollendeten vierundzwanzigsten Jahre ein.“

den Fortschrittes, so ist es unmöglich, etwas anderes als Ursache hierfür anzunehmen, als die gerade in jener Periode zu uns erfolgte Verbreitung der Ideen der französischen Revolution.

In der deutschen Rechtswissenschaft lag der Grund gewiß nicht. Denn an Weber etwa zu denken, dessen Werk in der Zwischenzeit erschien („Über die Rückanwendung positiver Gesetze," Hannover 1811), ist teils aus mehrfachen Gründen nicht möglich, teils steht er selbst in dem, was er Richtiges hat, hauptsächlich unter dem von ihm keineswegs verhehlten Einfluß der französischen Ideen, während noch das 1812 erschienene Werk von von Herrestorff („Über die zurückwirkende Kraft der Gesetze," Düsseldorf 1812) in der unzulässigsten Ausdehnung alle jene früheren doktrinellen Grundsätze vertritt, welche gerade durch die Patente von 1814 usw. verworfen wurden.

Es zeigt sich aber auch noch durch zwei andere Umstände evident, daß die deutsche Rechtsdoktrin an jenem Fortschritt ganz unschuldig ist, und er nur der Einwirkung der französischen Revolutionsideen auf die gesetzgeberischen Ansichten in Deutschland beigemessen werden kann. Denn schon der 1809 in Karlsruhe mit Zusätzen als Landrecht für das Großherzogtum Baden publizierte Code Napoléon huldigt in diesen Zusätzen bereits, wie wir dies später gelegentlich sehen werden, im allgemeinen den Grundsätzen der preußischen Patente von 1814 usw., wenn er auch in vielen Punkten noch hinter ihnen zurückbleibt. Und vor 1809 war in Deutschland keine Schrift seit 1748 über diesen Gegenstand erschienen, mit Ausnahme einer unbedeutenden Dissertation von Lorenz, De obligatione legis in praeteritum (Leipzig 1770). — Wie der literar-historische Nachweis, so läßt auch die Art des gemachten Fortschrittes gar keinen Zweifel über seinen

Ursprung. Betrachtet man nämlich den Unterschied in den Patenten von 1804 und 1814, so besteht derselbe in den Ansichten über den Personenzustand und die aus ihm fließenden vermögensrechtlichen Akzessorien, über das persönliche Eherecht, den Nichtschutz bloßer Erwartungen, die prohibitive Einwirkung neuer Zinsfußgesetze auf bestehende Verträge usw., und sucht man nach einer gemeinschaftlichen Quelle dieser geänderten Bestimmungen, so ist dieselbe in ihrem allgemeinsten Ausdruck in nichts anderem zu erblicken, als in einer strengeren Auffassung des Staatsbegriffes, eine Quelle, aus welcher alle in diesem Jahrhundert gemachten Fortschritte stammen und weiter stammen werden, so sehr ihnen auch vermeintliche Freunde der Freiheit durch Auflockerung des streng sittlichen Staatsbegriffes in individuelle Privatwillkür entgegenarbeiten.

Wenn die gesetzgeberischen Auffassungen solchen von den Richtungen des politischen Geistes bestimmten Schwankungen unterliegen, so wird man vielleicht glauben, wenigstens nach einmal gegebenem Gesetz in der Privatrechtspflege den Hafen gefunden zu haben, innerhalb dessen die Strömungen des Tages auf unseren Gegenstand ohne Einfluß sind. Allein dies ist ebensowenig der Fall und kann auch nur in der Meinung derer der Fall sein, welche — und freilich gehören hierzu, soll man sagen glücklicher- oder unglücklicherweise? fast alle Justiziabeln — die Privatrechtspflege für ein apartes Himmelreich halten, in das der Sturm und die Leidenschaften des politischen Lebens nicht einzudringen vermögen.

In der Tat aber könnte man wie in der Gesetzgebung so auch in der Jurisprudenz eine nicht weniger deutlich politisch bewegte Geschichte des Nichtrückwirkungsgrundsatzes nachweisen, die sich der gerade herrschenden Ten-

denz um so enger anschließt, als die Tribunale wie von dem Geist der Gesetzgebung, so besonders auch von dem Wirbel der politischen Strömung, die alles im Luftkreise Befindliche gleichmäßig zu erfassen pflegt, mit fortgerissen werden[1]).

---

[1]) Einige Monate nachdem das Obige niedergeschrieben wurde, erklärte der Vizepräsident des Königlichen Obertribunals, Herr von Götze, in der Sitzung des preußischen Herrenhauses vom 24. März 1860 dem Justizminister gegenüber, welcher sich zur Unterstützung seiner Ansicht auf ein vom Obertribunal erlassenes zivilrechtliches Urteil bezog, Folgendes: „Dies Urteil ist so ergangen, ich muß aber darauf aufmerksam machen, daß es aus dem Jahre 1851 herrührt. Die Rechtserschütterungen, die in den Jahren 1848, 1849 und 1850 durch das Land gingen, waren allerdings geeignet, die Jurisprudenz in Verlegenheit zu bringen, und sie brauchte einige Zeit, um sich zu orientieren. Aus dieser Zeit ist das Urteil; aber ich berufe mich auf das, was der Herr Referent angeführt und was der Herr Justizminister ausführlich im vorigen Jahre dargelegt hat, daß demnächst das Obertribunal in seinen Urteilen jene Ansicht vollständig verlassen und die entgegengesetzte konstant aufrecht erhalten hat.“ Der Staatsminister und Chefpräsident des Obertribunals, Herr Uhden, erklärte, unmittelbar hierauf das Wort ergreifend, daß in bezug auf jenes Erkenntnis bereits sein Vorredner „das Erforderliche (!!) gesagt habe.“ (Stenograph. Bericht, S. 280.) Es ist für uns überflüssig und nicht hier der Ort, mit den Herren Götze und Uhden darüber zu rechten, ob jenes Urteil vom Jahre 1851 ein Produkt der revolutionären Strömung oder vielmehr das Abgehen von der in diesem Urteil entwickelten Rechtsansicht und die „konstante“ Annahme der entgegengesetzten ein Produkt der reaktionären Strömung war, die allerdings erst seit dem Jahre 1851 ihren fanatischsten Höhepunkt erreichte. Ohnehin wird die Wahl zwischen diesen beiden Annahmen keinem mit einigem Menschenverstande Begabten schwer fallen, zumal wenn er berücksichtigt, daß jenes erste Urteil aus dem Jahre

Um so zeitgemäßer möchte daher gerade im Hinblick auf diese Schwankungen der ab- und zufließenden Wellen und ihren wiederkehrenden Strudel der Versuch für die Wissenschaft erscheinen, mit fester Hand die unzerbrechlichen Grenzlinien des Begriffes zu ziehen, welche, wenn sie sich wahrhaft als solche erweisen, dazu dienen würden, nach rechts wie links die Ausschreitungen zu beseitigen. Gerade weil sich bisher die Wissenschaft über diese Grenzen nicht verständigen konnte, gerade weil der Begriff der Nichtrückwirkung bald zu eng, bald besonders zu weit gefaßt und es deshalb häufig unerläßlich wurde, Abweichungen von demselben zuzulassen, so konnte nun, waren einmal solche Abweichungen erst überhaupt zulässig, um so weniger in dem Mehr oder Minder derselben eine sichere Scheidewand gegen willkürliche Ausschweifungen gezogen werden. Die hohe Wichtigkeit einer solchen Aufgabe aber bedarf, um recht gewürdigt zu werden, nur einer kurzen Andeutung. Der inhaltliche Gedanke unseres Themas ist, in seiner höchsten und allgemeinsten Auffassung, kein anderer, als der Gedanke der — aus der Rechtsidee selbst hervorfließenden und ihr entsprechenden — Hinüberführung eines alten Rechtszustandes in einen neuen! Gelänge es also, eine anerkannte Lehre der Wissenschaft hierüber zu schaffen, so würde dieselbe mächtig

---

1851 herrührt, in welchem keinerlei revolutionäre Strömung mehr den Puls des Volkes durchzitterte, angenommen selbst, daß dieser in sympathischer Erregung bis in das Obertribunal hineinschlagen könne. Für uns reicht hin, daß Vizepräsident und Chefpräsident des Obertribunals hier jedenfalls die, gleichviel nach welcher Seite hin, im königlichen Obertribunal, dem obersten Gerichtshofe der Monarchie, herrschende Korruption des Rechtes durch politische Einflüsse mit dürren Worten selbst konstatieren.

dazu beitragen können, einerseits die Umgestaltungsarbeiten der Gegenwart zu erleichtern, andererseits den empörten schaumspritzenden Wogen das Überfluten auf den von dem individuellen Willen durchfurchten Acker wahrhaft erworbener Rechte zu wehren. Die Grenzlinien des Begriffes sind dem Gotte Terminus nicht minder heilig als diejenigen der Äcker, und gelänge es, sie bloßzulegen, so möge dann von ihnen das Gesetz des Numa gelten:

„Sei quis terminom exarasit, ipsos boveisque sacrei sunto!"

II.

DIE THEORIE

Et si l'on croyait que cet essai donne trop à l'esprit du système, à une théorie *abstraite* ou *métaphysique*, nous observerions que, selon nos *maîtres*, il n'existe pas de véritable *science*, qu'il n'y a que routine et préjugés, tout au plus *sens droit*, ou *tact heureux*, dans la tête des hommes qui n'ont ni système ni théorie. —

Recueil général des lois et des arrêts par *Sirey*, Tom. IX, Part. II, p. 277.

I. DER BEGRIFF UND SEINE BEWÄHRUNG.

§ 1. Die Formel und der Begriff.

Wir wenden uns jetzt dazu, die Theorie der Rückwirkung der Gesetze, und mit ihr die Theorie der erworbenen Rechte, in positiver Weise zu entwickeln, indem wir sie in einige Grundsätze zusammendrängen, welche sämtlich selbst wieder nur die notwendige Folge des an die Spitze gestellten Begriffes sind, so daß dieser es also ist, welcher durch die immanenten Folgerungen, zu denen er sich treibt, das die gesamte Materie beherrschende begriffliche Gesetz bildet.

Auf jeden dieser Grundsätze lassen wir seine theoretische Begründung folgen, welche also an und für sich seine Richtigkeit feststellen muß. Außerdem werden wir dieser theoretischen Begründung zugleich zur besseren Veranschaulichung des abstrakt Gesagten und seines Umfanges Beispiele hinzufügen und an diese oder jene Anerkennung in gesetzgeberischen Bestimmungen erinnern.

Diese Beispiele haben zunächst die angeführte Absicht der Verdeutlichung. Sie haben ferner den Zweck, im Verein mit dem bei der Anwendung der Lehre — im dritten Abschnitt — aufgeführten Stoff den juristisch empirischen Beweis für unsere Theorie darzustellen. Denn die geschlossene Durchführung der Theorie durch alle Gebiete des Rechtes wie durch das Reich des empirischen Rechtsstoffes wird nicht umhin können, eine neue Probe für die Richtigkeit derselben und ihre letzte Sicherstellung

zu bilden. Zugleich machen wir hier darauf aufmerksam, daß wir bei der Anwendung mehrere speziellere Folgesätze des theoretischen Teiles entwickeln werden. Diese aber in die Reihe der theoretischen Grundsätze aufzunehmen, schien überflüssig, weil sie einerseits nur genaue Gedankenkonsequenzen derselben darstellen und andererseits, nur auf spezielle Rechtsgebiete sich erstreckend, bei den betreffenden Teilen der positiven Anwendung doch hätten wieder dargestellt werden müssen, so daß sich hieraus nur lästige Wiederholungen und eine zu vermeidende und unübersichtliche Verwicklung des theoretischen Teiles ergeben hätten.

Indem wir nun zu diesem übergehen, bemerken wir, daß wir nicht *assertorisch* verfahren.

Wir entwickeln nicht aus einer willkürlich aufgegriffenen Regel. Eine solche, selbst wenn sie an sich richtigen Inhaltes wäre, müßte immer selbst wieder das Resultat von *Voraussetzungen* sein und somit allem Folgenden mindestens den *Schein* der Ungewißheit und Willkürlichkeit verleihen. Sie würde niemals den Erweis innerer Notwendigkeit mit sich führen und somit immer zu wirklichem Irrtum mindestens leiten *können*. Sie würde endlich niemals, selbst wenn richtig, alles Richtige umschließen und aus sich abzuleiten vermögen.

Was vielmehr schlechterdings an die Spitze gestellt werden muß, und was wir in der Tat in dem ersten Gesetz, wie seine *Begründung* zeigt, an die Spitze gestellt haben, ist nichts anderes als *der eigene Begriff der Nichtrückwirkung selbst*. Aus *ihm* muß sich bewähren, was in dieser Materie gelten soll, und was aus ihm hervorgeht, ist mit *Notwendigkeit* bekleidet. Wir bemerken noch, daß es keineswegs, wie vielleicht scheinen kann, gründlich oder auch nur richtig wäre, an die Spitze

die Regel hinzustellen, daß das Geschehene nicht später ungeschehen gemacht werden solle. Savigny (VIII, 382) sagt, da dieses an sich unmöglich sei, so bedürfe es keiner Rechtsregel, um es zu verhindern. Indes die Möglichkeit würde sich im rechtlichen Sinne und bis zu einem gewissen Grade nicht leugnen lassen. Der Grund ist vielmehr ein anderer. Das Ungeschehenmachen des Geschehenen gehört überhaupt nicht zu dem Begriff des Rückwirkens als solchem, sondern bildet den Begriff des Rückgängigmachens. Alle Tage werden geschehene Dinge rückgängig gemacht, ohne daß eine Rückwirkung darin läge, z. B. nach den Gesetzen zur Zeit der Stipulation unerlaubte oder anfechtbare Verkäufe. Umgekehrt kann eine Rückwirkung eintreten ohne jede Rückgängigmachung eines Tatsächlichen, wie z. B. wenn ein aus früheren Verhältnissen entspringendes Recht erst jetzt zur Ausübung kommen soll und hieran durch neue Gesetze gehindert wird. Die Rückgängigmachung ist also selbst nur unzulässig, insofern sie eine Rückwirkung in sich schließt. Soweit daher die Rückgängigmachung nicht mit der Rückwirkung zusammenfällt, hat sie mit unserer Materie überhaupt nichts zu tun. Und soweit sie mit dem Begriffe der Rückwirkung zusammenhängt, kann sich ihre Zulässigkeit oder Unzulässigkeit erst aus diesem Begriffe ergeben, zu dessen Entwicklung wir jetzt übergehen:

a) Kein Gesetz darf rückwirken, welches ein Individuum nur durch die Vermittlung seiner Willensaktionen trifft.

b) Jedes Gesetz darf rückwirken, welches das Individuum ohne Dazwischenschiebung eines solchen freiwilligen Aktes trifft; welches das Individuum also unmittelbar in seinen unwillkürlichen, allgemein-menschlichen oder natürlichen oder von der

Gesellschaft ihm übertragenen Qualitäten trifft, oder es nur dadurch trifft, daß es die Gesellschaft selbst in ihren organischen Institutionen ändert.

Dieses Prinzip ist das allein richtige, denn es bewährt sich aus dem Begriffe der Nichtrückwirkung selbst. Welches ist dieser Begriff? Gesetze stellen einen geistigen Inhalt, neue Gesetze einen neu erlangten und von der Gesellschaft sogar für obligatorisch erklärten Vernunftinhalt dar. Wie ein neuentzündetes Licht seine Helle auf alles, auch das vorher Dunkle verbreitet, so wirkt jede neuerlangte Intelligenz des Individuums auf alle noch so sehr vergangenen Objekte der Beurteilung zurück. Wenn es also schon bei der Intelligenz des Individuums der Fall ist und sein muß, daß es nach der präsenten Natur seines Bewußtseins auch das der Zeit nach noch so viel Frühere beurteilt, warum sollte dies im Recht, warum sollte es gerade in bezug auf die allgemeine Intelligenz der Gesellschaft, in bezug auf den von ihr selbst sogar für obligatorisch erklärten Vernunftgehalt nicht der Fall sein, zumal ja in dem Begriffe des Gesetzes die Forderung der sofortigen und unmittelbaren Anwendung, der unbedingten, normbildenden Geltung für alles Bewußtsein liegt?

Die Rückwirkung könnte somit zunächst erscheinen als die ebenso natürliche wie notwendige Folge der gegenwärtigen Natur des Denkens und Bewußtseins, vor dessen geistigen Strahlen kein Gegenstand sich verschließen oder das Recht beanspruchen kann, sich in seinem früheren Lichte und seiner vorigen Gestalt gegen es zu behaupten[1]).

---

[1]) Und dies ist so wahr, daß deshalb, wie wir sehr bald zeigen werden, die bei weitem längste Periode der Menschheits- und Rechtsgeschichte unter der voll-

Man hat sich niemals bei der Behandlung dieser Materie den Begriff der Rückwirkung zur Klarheit gebracht, und davon waren dann die bei der positiven Behandlung entspringenden Irrtümer die unvermeidliche Folge.

Der Begriff der Rückwirkung ist nämlich kein anderer als der — eines Eingriffes in die Freiheit und Zurechnungsfähigkeit des Menschen.

Nur darum ist Rückwirkung unstatthaft. — In der Gesellschaft ist und soll der Mensch frei sein; selbst noch der Verbrecher wird in und bei der Strafe als ein freies und freiwilliges Wesen betrachtet, denn er wußte, welche Strafe auf sein Verbrechen gesetzt war, und wenn er dasselbe dennoch beging, so hat er freiwählend sich diesen ihm bekannten Folgen unterworfen. Weiß er die Bedeutung und Folgen seiner Tat nicht, so spricht ihn das Gesetz selbst als unzurechnungsfähig frei. Die Rückwirkung darf also nicht stattfinden, weil sonst das Individuum dem Gesetzgeber und Richter sagen kann: Hätte das Gesetz damals auf meine Tat diese Folgen gesetzt, so hätte ich die Tat nicht begangen; denn ich war frei, sie zu lassen und zu tun. Verurteilt man ihn trotz dieses Einwandes, so kann man ihm diese Verurteilung nicht mehr als Folge seines freien Wählens, seines freibewußten Willens hinstellen, sondern es ist ihm eine hinterlistige und positive Gewalt angetan worden. Durchaus ebenso verhält es sich im Privatrecht. Denn dieses ist überhaupt nichts anderes, als die Realisation der Willensfreiheit des Individuums.

---

ständigen und als ganz natürlich betrachteten Herrschaft des Rückwirkungsprinzipes stand. Der Nichtrückwirkungsgedanke ist erst ein spätes Produkt des historischen Geistes.

Wird also durch ein späteres Gesetz rückwirkend die freiwillige Handlung eines Individuums getroffen, so ist ihm sein Wille entstellt und in einen anderen umgewandelt worden, weshalb ein französischer Rechtslehrer (Toullier) mit einem glücklich gewählten Ausdruck die Retroaktivität eine „den Individuen vom Gesetzgeber gestellte Falle" (un piège tendu aux individus par le législateur) nennen kann. So weit auch die Macht des Gesetzgebers reichen mag, so weit reicht sie niemals, zu bewirken, daß ein Individuum etwas anderes wollte, als es gewollt hat. Ein solches rückwirkendes Gesetz bringt also ex post hervor, daß das Individuum ein anderes gewollt und ein anderes getan[1]) hat, d. h. es tut dem Individuum Gewalt an und verstößt somit von Grund aus gegen den Begriff des gesamten Rechtes, der nur darin besteht, gerade die Realisation der Willensfreiheit zu sein. Ein solches Gesetz ist daher kein Gesetz, denn es ist das absolute Unrecht, die Aufhebung des Rechtsbegriffes überhaupt. Es ergibt sich hier auf das deutlichste die so oft behauptete und dann wieder mit Unrecht geleugnete naturrechtliche Gültigkeit des Nichtrückwirkungsgrundsatzes und dessen, was aus ihm folgt. Ein rückwirkendes Gesetz hebt das Wollen des Individuums auf. Der Wille ist aber eine naturrechtliche Fähigkeit, und das positive Recht vielmehr nur die gesicherte Sphäre und das gegliederte Reich seiner freien Ausführung. Ebenso aber wie der freie Wille wird auch das Wissen und Denken des Individuums durch

[1]) Diese Entstellung ist es, welche durch das *calumniare* treffend bezeichnet wird in dem Gesetz des Anastas, s. oben S. 59; vgl. im Codex Theodosianus die L. 3 de constit. princ.: Omnia constituta *non praeteritis calumniam faciunt,* sed futuris regulam imponunt, und Jac. Gothofred. in h. l.

ein solches Gesetz geleugnet und aufgehoben. Hegel (Rechtsphilosophie, S. 33) sagt bereits sehr richtig: „Was den Zusammenhang des Willens mit dem Denken betrifft, so ist darüber folgendes zu bemerken. Der Geist ist das Denken überhaupt, und der Mensch unterscheidet sich vom Tiere durch das Denken. Aber man muß sich nicht vorstellen, daß der Mensch einerseits denkend, andererseits wollend sei, und daß er in der einen Tasche das Denken, in der anderen das Wollen habe, denn dies wäre eine leere Vorstellung. Der Unterschied zwischen Denken und Willen ist nur der zwischen dem theoretischen und praktischen Verhalten, aber es sind nicht etwa zwei Vermögen, sondern der Wille ist eine besondere Weise des Denkens: das Denken als sich übersetzend ins Dasein, als Trieb, sich Dasein zu geben. — Das Theoretische ist wesentlich im Praktischen enthalten; es geht gegen die Vorstellung, daß beide getrennt sind, denn man kann keinen Willen haben ohne Intelligenz. Im Gegenteil, der Wille bestimmt sich, diese Bestimmung ist zunächst ein Inneres; was ich will, stelle ich mir vor. — Diese Unterschiede sind also untrennbar, sie sind eines und dasselbe, und in jeder Tätigkeit, sowohl des Denkens als Wollens, finden sich beide Momente."

Weil also das Gewollte notwendig ein Gedachtes voraussetzt, das Wollen auf einem Denken beruht, so wird durch ein rückwirkendes Gesetz auch das Denken und Wissen des Individuums gewaltsam denaturiert und in ein anderes umgewandelt. Die freieste Selbstbestimmung, das nur in der eigensten Spontaneität des Individuums beruhende Denken und Wollen, somit der Geist selbst, wird durch die Rückwirkung als eine passive und von außen bestimmbare willenlose Sache gesetzt, und als solche behandelt. Dies ist aber, wie bereits be-

merkt, das a b s o l u t e Unrecht, und darum kann Benjamin Constant und die französische Déclaration des droits (s. oben S. 53 und 57) mit Recht ausrufen, die Rückwirkung des Gesetzes sei ein V e r b r e c h e n. Justinian hebt daher mehrmals sehr richtig in den Äußerungen über die Rückwirkung, mit denen er so viele seiner Gesetze begleitet, das derselben entgegenstehende Moment des mit dem Wollen identischen W i s s e n s oder Denkens hervor. So z. B. „Illis (legibus) enim credentes et ita contrahentes nullus culpabit, quare non futurum *sciverunt*"[1]), oder es könne nicht verlangt werden, „ut in monasterio illa faciant quae prius *ignorata* divina nostra constitutione innovata sunt"[2]).

Da nun die Freiheit des Denkens und Wollens unantastbare Grundbestimmungen sind, auf denen alles Recht überhaupt beruht, und durchaus da nicht mehr von Recht die Rede sein kann, wo vielmehr die R e c h t s i d e e s e l b s t und in ihrer Wurzel aufgehoben wird, so ergibt sich hieraus mit Gewißheit, daß es durchaus nicht in der rechtlichen B e f u g n i s des Gesetzgebers stehen kann, eine solche Rückwirkung eintreten zu lassen, und daß seine A b s i c h t, wie deutlich und in wie starken Worten sie ausgesprochen sei, hierin nichts zu ändern vermag[3]). Dies ist der Sinn, in welchem die früher bezogenen Konstitutionen (s. oben S. 56 fg.) den Grundsatz der Nichtrückwirkung sicher stellen. Doch bedarf es keiner Kon-

---

[1]) Nov. 22, cap. 1 de nuptiis.

[2]) Nov. 76, cap. 5.

[3]) Auf das stärkste drückt dies Mirabeau in seinem Ausruf in der Sitzung der Konstituante vom 21. November 1790 aus: „*Nulle puissance humaine ni surhumaine* ne peut légitimer un effet rétroactif. J'ai demandé la parole pour faire cette profession de foi."

stitution, um zu wissen, daß es keinem Gesetzgeber zusteht — es muß an diesen Ausdruck erinnert werden, weil er allein den bestimmten Begriff des Gegenstandes in sich enthält — die menschliche Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit aufzuheben und den Geist als Sache zu setzen[1]).

---

[1]) Mindestens würden wir den Richter bedauern, der dies erst aus einer Staatskonstitution statt aus den Konstitutionen des Rechtes lernen müßte und der daher Bedenken trüge, selbst einem unzweifelhaft rückwirkenden Gesetze, z. B. einem solchen, welches früher gültige Verträge wegen späterer Formvorschriften vernichten oder frühere Handlungen bestrafen will usw., die Anwendung zu versagen. Jedenfalls müßte er in das Urteil setzen „von Gewalts wegen“ statt „von Rechts wegen“. Es gilt hier auf das stärkste, was Donellus, Comment. Juris civ., lib. I, c. XII (p. 45, ed. Hanoviae 1612), über die Verletzung des jus naturale überhaupt sagt: „Ac quae hinc jura sint (nämlich naturalia) si quis mutare conetur jure civili, nihil aliud afficiat, nisi ut jus quod statuit, sit adversus rectam rationem, id est, injustum et iniquum, ut omne jus naturale est aequum et bonum. *Nihil autem jus quod sit iniquum.*“ Bartolus, der größte Rechtsgelehrte des 14. Jahrhunderts, den seine bewundernden Zeitgenossen lucerna oder fax juris, dux jurisconsultorum etc. nannten, spricht sich, bestimmter und näher auf unsere Materie eingehend, darüber aus, Comment. ad lib. I. ff. ad L. 9 omnes populi, No. 24 (fol. 30, ed. Basil. 1589). Er stellt die freilich nicht scharf genug begrenzte Behauptung auf, daß, wenn eine gesetzliche Verfügung das jus naturale nicht bloß modifiziere, sondern geradezu aufhebe (tollendo in totum), es keine Gültigkeit habe, und geht dann zu Beispielen über (No. 24, fol. 32). „Dicit statutum quod qui per 10 annos debitum suum non petierit, cadat a jure suo. Certe statutum non valet, quia *nec lex Imperialis quae hoc diceret valeret.* Sed si statutum diceret, quod contractus seu instrumentum fictitium praesumat, tunc valeret.“ Und im Verlauf kommt er ausdrücklich auf die Frage, ob unter demselben Gesichtspunkt ein Statut auch auf das Vergangene bezogen werden könne.

Es folgt jedoch aus der angegebenen Begriffsbestimmung von selbst, daß das Individuum diesen Einwand stets nur da erheben kann, wo es eine freiwillige Handlung, eine individuelle Willensaktion ist, welche durch

Hier unterscheidet er zunächst, ob das Statut die Beziehung ad praeterita ausdrücklich verordne, oder das Gegenteil verordne, oder ganz hierüber schweige. Und nun, gerade den ersten Fall der ausdrücklich vom Gesetz verhängten Rückwirkung untersuchend, sagt er: „Circa primum videtur quod talis adjectio, sc. quod habeat locum in praeteritis, valeat. — Econtra, quod non valeat . . . *Distingue:* Aut quaeris de praeteritis decisis seu finitis, et ad praedicta statutum novum bene potest porrigi confirmando . . . sed infirmando vel aliter disponendo ad praedicta *non porrigitur, etiamsi expresse caveretur.* Aut sunt negotia praeterita pendentia . . . et *ad ea non porrigunt etiamsi expresse caveatur.*" Man sieht, die alten großen Doktoren des römischen Rechtes im Mittelalter, wie große Servilität man ihnen auch in der Regel vorzuwerfen pflegt und vorwerfen kann, sind sich hierüber in thesi nicht zweifelhaft gewesen, und es stellt einen unerfreulichen Rückschritt des Rechtssinnes gegen das Mittelalter dar, wenn unsere modernen Autoren fast allgemein — von Savigny sogar im Widerspruch mit dem prinzipiellen Gehalt seiner eigenen Theorie — alles in dieser Materie von der beliebigen Absicht des Gesetzgebers abhängen lassen.

Die Franzosen sind darin von einer größeren Unabhängigkeit der Rechtsgesinnung geblieben. Die Ansicht Mirabeaus ist soeben, diejenige von Berriard St.-Prix, Benjamin Constant u. a. oben S. 53 fg. angeführt worden. Merlin sagt (Répert. de Jurisp., v⁰; Eff. rétroact., Sect. III, § II, art. 1) darüber bei Gelegenheit der Erörterung über die einmal erworbene Indigenatseigenschaft: „Le législateur *ne pourrait pas la détruire expressément* quand il serait possible, qu'il fût assez insensé *pour le vouloir*", obgleich er sich an anderen Stellen im entgegengesetzten Sinne ausdrückt.

Unserer Ansicht hierüber zu sein und auch mit der im Text gegebenen Begründung derselben übereinzustimmen scheint Böcking in den Worten (Pandekten des röm. Privatrechtes, I, 317): „Sehr übel bezeichnen die Neueren diesen Grundsatz

ein späteres Gesetz vernichtet oder entstellt werden soll (s. hierbei § 2).

Rechte dagegen, mit welchen das Gesetz als solches, ohne Vermittlung des individuellen Willens, das Individuum befaßt, sind nichts als allgemeine Qualitäten und Befugnisse, die nur auf Grund des sie verleihenden Gesetzes da sind und also mit ihm fließen und verschwinden.

Das Gesetz ist der Ausdruck des Rechtsbewußtseins des ganzen Volkes. Alles gesetzliche Recht als solches — alles Sein des Individuums — ist somit nur eine durch den in stetem Wandel begriffenen allgemeinen Geist gesetzte Bestimmtheit, so daß jede neue aus ihm fließende Bestimmtheit das Individuum unverzüglich mit demselben Rechte ergreift, mit welchem es von der früheren befaßt wurde. Fest kann für das Individuum nur sein, was es sich aus diesem Strome durch sein eigenes Tun und Wollen in rechtmäßiger Weise einmal abgeleitet, was es verseinigt hat! Jedes Gesetz also, welches nicht frühere individuelle Willensaktionen trifft, und insoweit es diese nicht trifft, muß seiner Natur nach augenblicklich eingreifen. Es ergibt sich aber schon hier, daß dabei von einer Rückwirkung gar nicht die Rede sein kann. Denn eine solche würde bloß vorliegen, wo auf Früheres vor der Zeit des Gesetzes ein Einfluß ausgeübt werden soll. Wenn aber alle früheren Willensaktionen unberührt bleiben, so stellt das sofortige Platzgreifen des Gesetzes auf die Rechte des Individuums von

---

(der Nichtrückwirkung) als eine bloße Regel und stellen als Ausnahmen hin, was nur Anwendungen derselben sind. So soll das Gesetz rückwirkende Kraft haben, „„wenn es sich selbst solche beilege““; ein solches Gesetz wäre absolutes Unrecht.“

selbst nur ein augenblickliches Einwirken — welches in der Natur und Bestimmung des Gesetzes liegt — kein Rückwirken dar.

Vergleicht man das Gesagte mit der bekannten Formel, daß erworbene Rechte von neuen Gesetzen unberührt bleiben müssen, so ergibt sich, daß diese Formel nur dann richtig ist, wenn man unter erworbenen Rechten schlechthin nur solche versteht, die durch individuelle Willensaktionen erworben worden sind. Oder es ergibt sich hier, mit dem Vorigen gänzlich zusammenfallend, als der Begriff der erworbenen Rechte, daß nur solche Rechte erworben sind, welche durch eine individuelle Willenshandlung des Individuums mit ihm vermittelt und von ihm verseinigt worden sind. Dieser Begriff enthält an sich die ganze Theorie der erworbenen Rechte in sich; aber nur an sich; denn seinen versteckten Umfang — versteckt durch den täuschenden Schein des Sinnlichen — kann er erst im § 2, und seine ebenso durch den sinnlichen Schein versteckten begrifflichen Grenzen erst in den §§ 6 und 7 fg. entfalten und somit erst durch beides sich zur Theorie und zum System der erworbenen Rechte vollenden.

Einstweilen bestätigt übrigens schon der Sprachgebrauch, daß die Formel: „Erworbene Rechte müssen von neuen Gesetzen unberührt bleiben," für die Richtigkeit des von uns entwickelten Begriffes der Nichtrückwirkung zeugt. Denn mindestens dem Sprachgebrauche nach wäre es nicht zweifelhaft, daß bei Rechten, welche dem Individuum durch die bloße Deklaration des Gesetzes aufgedrückt sind, nicht von einem Erworbensein die Rede sein kann, welches stets eine individuelle Tätigkeit voraussetzt.

Wir haben gesagt, daß der Gedanke der Nichtrückwirkung auf nichts anderem beruht als lediglich auf dem Begriff der subjektiven Freiheit des Geistes.

Soll dies wahr sein, so muß sich sofort eine viele Jahrtausende umfassende empirische Gegenprobe dafür erbringen lassen.

Wer nämlich nur einigermaßen vertraut ist mit der Philosophie, weiß aus ihr, daß Asien das Land ist, wo das Subjekt noch nicht vorhanden, d. h. das Prinzip der subjektiven Freiheit des Geistes noch nicht aufgegangen und zum Bewußtsein gekommen ist.

Beruht nun wirklich, wie wir behaupten, die Nichtrückwirkung lediglich in dem Begriff des Subjektes und seiner Freiheit, so müßte hiernach, da derselbe in Asien noch nicht da ist, statt der uns als naturrechtlich erscheinenden Nichtrückwirkung, dort absolute Rückwirkung als die ebenso naturwüchsige wie unanstößige Regel des Rechtes erscheinen und die gesamte Geschichte Asiens beherrschen.

So würde die apriorische Konsequenzenmacherei des spekulativen Gedankens lauten!

Sehen wir nun, wie sich dies empirisch verhält.

In dem Ta Tsing Leu Lee, dem gegenwärtig in China bestehenden allgemeinen Gesetzbuche, welches von der ganz neuen Mantschudynastie im 17. Jahrhundert publiziert wurde [1]), heißt es in der über die allgemeinen Strafgesetze handelnden ersten Abteilung des ersten Buches in der Sect. XLIII (p. 43, ed. Staunton), welche die Überschrift führt: Execution of New Laws, also: „All laws, characterized as, and intended to become fundamental,

---

1) Ta Tsing Leu Lee, being the fundamental Laws and a selection from the supplementary statutes of the Penal Code of China, translated by Sir G. Th. Staunton (London 1810).

shall in general take effect and be in full force from the day on which they are published, *and every transaction* shall be adjudged according *to the most recent laws, although such transaction should have occurred previous to their promulgation.*"

Es wird hier also ganz allgemein und ausdrücklich für alle jetzigen und alle zukünftig zu erlassenden Gesetze, und zwar in einem Strafgesetzbuch[1]), als Prinzip aufgestellt, daß immer nur die allerneuesten Gesetze anzuwenden seien, gleichviel — wie ausdrücklich hinzugefügt wird — ob die Handlung vor ihrer Verkündigung vorgefallen sei oder nicht.

Interessant ist hierbei, wie gerade in dieser ausdrücklichen Beantwortung hervortritt, wie der Reflexion des chinesischen Geistes der Unterschied und die Frage, die sich hierbei aufwerfen läßt, wohl zum Bewußtsein gekommen ist. Es stimmt dies überein mit dem, was wir sonst über die Reflexionsbildung des chinesischen Geistes, durch welche er sich in ganz Asien auszeichnet, wissen. Aber wenn die Frage seinem gebildeten Verstande zum Bewußtsein gekommen ist, so ist doch ihre Beantwortung seinem Geiste nicht zweifelhaft! Die Intelligenz der chinesischen Kaiser, der Gedanke in Asien überhaupt, ist eine solche, wie wir im Eingang sagten, sich neu ergießende Offenbarung, in deren Strahlen sich nun alles Existierende, und daher auch alle früheren Verhältnisse, als in dem ihm wahrhaft zukommenden Lichte aufzeigt und enthüllt.

---

[1]) Man weiß, daß überhaupt in China kein Unterschied zwischen dem Strafrecht und Zivilrecht festgehalten wird. Alle zivilrechtlichen Vorschriften sind ebenso gut wie Raub, Diebstahl usw. mit Strafen (so und so viel Bambusschlägen usw.) belegt.

Und soweit von rein tatsächlichen Verhältnissen die Rede ist — mit vollem Recht! Mit vollem Recht wird von dem chinesischen Gesetzbuch die Umänderung des Seienden als eine notwendige Folge des Grundsatzes, daß die Gesetze vom Tage ihrer Verkündigung ab Kraft haben und also das Seiende und seine Beurteilung normieren sollen, gedacht und ausgesprochen. Mit Unrecht pflegen unsere Juristen zu übersehen, wie dieser Grundsatz, der bei uns gewöhnlich (s. z. B. den Code civil) den ersten Artikel der Gesetzbücher bildet, in der Tat diese Folge haben muß, wie dieses Prinzip also, für sich allein genommen, alles ohne Ausnahme in dem Lichte der neuen Manifestation des allgemeinen Bewußtseins aufzeigen würde[1]).

---

[1]) So entwickelt z. B. der neueste gemeinrechtliche Autor, der über diese Frage geschrieben, von Scheuerl (s. oben S. 85), das Prinzip der Nichtrückwirkung folgendermaßen: „Der Grund, auf welchem die Notwendigkeit und Vernünftigkeit des Rechtsgrundsatzes beruht, daß neue Rechtsregeln keine rückwirkende Kraft haben, ist nach meiner Ansicht folgender: Jede Rechtsregel wirkt auf alle die tatsächlichen Verhältnisse, auf welche sie ihrem Inhalte nach sich bezieht, durch ihr bloßes Dasein bestimmend ein, ohne daß es dazu der richterlichen Anwendung der Regel auf das Faktum bedarf. Es ist nicht die Aufgabe des Richters, die faktischen Verhältnisse nach der Rechtsregel zu gestalten, sondern nur zu erkennen und auszusprechen, wie sie kraft der Rechtsregel sich gestaltet haben." Und deswegen sei es gleichgültig, ob, wenn einmal „ein gewisses faktisches Verhältnis unter dem Einflusse einer Rechtsregel eine bestimmte rechtliche Gestalt gewonnen," der Richter noch unter derselben Rechtsregel oder unter einer neuen anderen darüber urteilte. Scheuerl übersieht, daß freilich niemand behaupten wird, es sei die Aufgabe des Richters, faktische Verhältnisse nach der Rechtsregel zu ge-

Wenn in unseren Gesetzbüchern dann als zweiter Artikel derjenige der Nichtrückwirkung zu folgen pflegt, so ist dies ein den ersten einschränkender Ausfluß des im europäischen Geiste tätigen Begriffes des Subjektes

---

stalten, daß aber ganz so, wie er sagt, daß die Rechtsregeln „auf alle die tatsächlichen Verhältnisse, auf welche sie sich nach ihrem Inhalt beziehen, durch ihr bloßes Dasein bestimmend einwirken," auch jedes neue Gesetz wieder bestimmend und umgestaltend einwirkt, daß zu dieser Umgestaltung des objektiven Daseins das neue Gesetz eben erlassen wird und dies eben die Bedeutung des Grundsatzes ist, das Gesetz tritt in Kraft vom Tage seiner Verkündung ab. Ist z. B. eine Ehe unter einem sie für unauflöslich erklärenden Gesetz geschlossen, so ist dies ein „faktisches Verhältnis," welches „unter dem Einfluß einer Rechtsregel eine bestimmte rechtliche Gestalt gewonnen" hat. Nichtsdestoweniger wird dieses so gestaltete faktische Verhältnis umgestaltet durch das neue Gesetz, welches Ehen für auflöslich erklärt und hierdurch dies als ihre wahre an und für sich seiende Natur allen gleichviel wann geschlossenen und bis jetzt unauflöslichen Ehen vindiziert.

Und ganz besonders wird dies im Reiche des germanischen Geistes der Fall sein müssen, wo sich die Gesetze auch selbst auffassen, nicht als Zweckmäßigkeitsmaßregeln, um Nützlichkeit hervorzubringen, wie in jener Definition Platos (S. 60 fg.), sondern als die Selbstrealisation des allgemeinen Bewußtseins, d. h. als die objektive Manifestation der wahren und substantiellen Natur der geistigen Beziehungen. Das Gesetz soll für den germanischen Geist nicht mehr ein beliebiges Setzen von Rechten, sondern das Heraussetzen und Anerkennen des an sich Wahren und Rechten, die enthüllte Natur der Sache sein. Die germanischen Gesetze fassen sich nicht mehr (wie dies sogar in der Form deutlich genug hervortritt) als Befehle wie die römischen, sondern wesentlich als Definitionen auf.

Man sieht, daß man bei einer so grundsätzlich falschen Erfassung des Begriffes der Nichtrückwirkung, wie bisher üb-

als des alleinigen Prinzipes seines eigenen Wollens und Handelns und seiner als reines Sichselbstsetzen von allem objektiven Sein unabhängigen Natur. Indem dieser Begriff der freien Subjektivität und mit ihm der prinzipielle Unterschied zwischen Sein und Handeln im asiatischen Geiste noch fehlt, kann es hier noch nicht zu dieser Einschränkung kommen, und der erste Grundsatz bleibt daher in seiner unbeschränkten, die Rückwirkung zum Prinzip erhebenden Wirksamkeit.

Nicht anders als in China verhält es sich in Indien. Zwar haben wir das so wichtige Werk von Colebrooke: A Digest of Hindu law etc. (London 1801)[1], nicht erlangen können, in welchem allein ganz positive Beweise hierfür — die bei der Natur asiatischer Gesetzgebungen überhaupt nur sehr schwer und selten zu eruieren sind — sich hätten finden können. Aber schon die Gesetze des Menu lassen darüber keinen Zweifel. Wenn sie z. B. bestimmen, daß der Zeuge in einem Schuldprozeß, wenn er auch die Wahrheit gesagt hat, falls ihm im Laufe von sieben Tagen nach seiner Deposition eine Krankheit, eine Feuersbrunst oder der Tod eines Verwandten zustößt, die eingeklagte Schuld und außerdem noch eine Geldstrafe bezahlen soll[2], so haben wir hier eine wahrhafte Rückwirkung durch eine Tatsache, und es ist dann kein Grund abzusehen, warum nicht ebenso gut und noch besser die Tatsache eines neuen Gesetzes sollte rückwirken kön-

---

lich, notwendig in den Konsequenzen teils in Widersprüche mit sich selbst, teils in die positivsten Irrtümer sich verlieren mußte. Hier wie überall gilt es: in generalibus latet error!

[1]) Dasselbe ist auffälligerweise auch in der Königlichen Bibliothek zu Berlin nicht vorhanden.

[2]) Menu, VIII, 108; p. 266, ed. Deslongchamps (Paris 1833).

nen. Oder wenn sie sagen, daß, wenn ein Zeuge in einem Zivilprozeß falsches Zeugnis abgelegt hat, ein Vierteil der durch das Urteil begangenen Ungerechtigkeit zurückfällt auf den falschen Zeugen, ein Vierteil auf die Zivilpartei, der das Zeugnis zugute gekommen, ein Vierteil auf alle Richter und ein Vierteil auf den König[1]), — so spricht sich in alle diesem eine solche Abwesenheit einer jeden persönlichen Imputationstheorie aus, daß an der unbefangensten Gültigkeit, welche die Rückwirkung für den indischen Geist haben muß, gar nicht gezweifelt werden kann. Wie sollte dies aber auch anders sein? Der indische Geist unterscheidet ebensowenig wie der asiatische Geist überhaupt Denken und Sein in seinem Begriffe, und es ist daher nur eine in der innersten Tiefe dieses Geistes begründete rechtliche Forderung, daß er ebensowenig zwischen Handlung und Zustand unterscheidet. Oder mit anderen Worten und um an eine unseren Juristen geläufige Kategorie zu erinnern: wollte man aus dem tiefsten Innern des orientalischen Geistes heraus, aber unter Anwendung der bei unseren Juristen gebräuchlichen Bezeichnungen, eine Einteilung der Gesetze geben, so würden, so paradox dies klingen mag, die Gesetze über die Handlungen zu den Gesetzen über den Personenzustand gehören[2])!

---

[1]) Menu, VIII, 18; p. 251.

[2]) Wer sich dies recht klar machen will, braucht z. B. nur nachzulesen, was über die religiöse Imputation — und im Orient fallen überdies die religiöse und rechtliche Sphäre noch zusammen — bei Köppen, Die Religion des Buddha, I, 283—301 (Berlin 1857), angegeben ist, und es in seinen einfachsten Konsequenzen zu überdenken.

Innerhalb der religiösen Sphäre hat dieser Gedanke übrigens noch in Europa seine Geschichte gehabt; denn es liegt auf der Hand, daß das Dogma des heil. Augustinus vom

Ebenso positiv wie in China findet sich aber die Rückwirkung wieder bei demjenigen orientalischen Volke, welches sogar bereits den Übergang zum abendländischen Geist bildet, bei den Juden. Bekanntlich waren bis zu Moses die Töchter von der Erbfolge — welche reine Intestaterbfolge war — auch beim Nichtvorhandensein von Söhnen ausgeschlossen [1]). Es sukzedierten dann die Brüder des Verstorbenen usf. Nun stirbt Zelaphedad ohne Söhne, und infolge dessen war das Eigentum an seiner Hinterlassenschaft an seine Brüder übergegangen. Da aber treten die Töchter Zelaphedads auf und verlangen damit beteilt zu werden [2]): „Warum soll denn unseres Vaters Name unter seinem Geschlecht untergehen, ob er auch keinen Sohn hat? Gebt uns auch ein Gut unter unseres Vaters Brüdern." Nichts ist naiver und lehrreicher für unseren Zweck, als die Weise, in welcher die mosaischen Urkunden fortfahren: „Mose brachte ihre Sache vor den Herrn. Und der Herr sprach zu ihm: Die Töchter Zelaphedads haben recht geredet. Du sollst ihnen ein Erbgut unter ihres Vaters Brüdern geben und sollst ihres Vaters Erbe ihnen zuwenden. Und sage den Kindern Israel: Wenn jemand stirbt und hat nicht Söhne, so sollt ihr sein Erbe seiner Tochter zuwenden" usw., worauf denn das neue Intestaterbfolgegesetz weiter entwickelt wird.

Der jüdische Gesetzgeber, Gott, beginnt also den Erlaß eines neuen Intestatgesetzes damit, daß er dasselbe auf

---

Zustand der Gnade und sein Kampf gegen die Lehre des Pelagius auf nichts anderem als auf der Fortwirkung jenes altasiatischen Gedankens von der Identität der Handlung und des Personenzustandes beruht.

[1]) Siehe 1. B. Mos., Kap. 14, 15, und Michaelis, Mosaisches Recht, II, 59.

[2]) 4. B. Mos., Kap. 4 fg.

einen bereits eingetretenen Fall anwendet und diese Anwendung als etwas ganz Selbstredendes und Ordnungsmäßiges ansieht. Zwar war das Erbe des Zelaphedad kraft des bestehenden Intestatrechtes bereits zum rechtmäßig erworbenen Eigentum der Agnaten geworden, zwar würde man das heute als grellste Verletzung des Eigentums und als Eingriff in erworbene Rechte bezeichnen; allein das existiert nicht für den jüdischen Gesetzgeber. Die Töchter Zelaphedads haben „r e c h t g e r e d e t", d. h. diese Intestatfolge entspricht dem g e g e n w ä r t i g e n Bewußtsein und wird daher auch auf den schon eingetretenen Fall angewendet, ohne daß hier auch nur der geringste Zweifel über die Recht- und Regelmäßigkeit dieses als ganz selbstredend betrachteten Verfahrens ins Bewußtsein tritt.

Gott macht sich hier also, ohne auch nur eine Ahnung davon zu haben, einer flagranten Rückwirkung in Zivilsachen schuldig!

Dafür war es aber auch noch ein o r i e n t a l i s c h e r Gott, der noch keine Pandekten gehört und ebensowenig an griechischer Kunst und Bildung sich geschult hatte; mit anderen Worten: der Gott eines Volkes, welchem die S u b j e k t i v i t ä t des Geistes weder wie in Rom in der Rechtssubjektivität, noch wie in Hellas in der schönen Individualität zum Bewußtsein gekommen war, und für den daher auch die in der einmal ipso jure eingetretenen Erwerbung der Erbschaft liegende H a n d l u n g (s. § 2 A.) von einem Verhältnis des objektiven Seins keinen Unterschied machen konnte.

Das griechische Volk ist dasjenige, in welchem der Begriff der Subjektivität des Geistes, d. h. der Freiheitsbegriff, daß der Geist subjektives Selbstbestimmen und Selbsthervorbringung sei, zum erstenmal in der Weltge-

schichte und in seiner ersten Form auftritt. Und darum sehen wir in streng geschlossener Bestätigung unserer Entwicklung hier zum erstenmal, und hier bereits als eine begriffliche Notwendigkeit den Gedanken der Nichtrückwirkung heimisch, wie ihn uns Plato oben (S. 60) ausgesprochen und wie wir ihn ebenso im hellenischen Rechte tätig finden [1]).

Zugleich haben wir aber auch in dieser Entwicklung an diesem einen großartigen Beispiel ein anderes allgemeines Verhältnis hervortreten sehen, welches von zu hoher begrifflicher Wichtigkeit und von zu gewaltigen Konsequenzen ist, als daß wir nicht hier seiner Hervorhebung wenn auch nur einige wenige Worte widmen sollten.

Wir meinen das wahrhafte Verhältnis des Naturrechtes zum positiven oder historischen Recht, welches bisher allgemein und ebenso sehr auch in der Hegelschen Schule noch irrig und durchaus unerschöpfend aufgefaßt wurde.

---

[1]) cf. Demosth. advers. Eubulid., IV, 1330, ed. Dindorf: *„τοῖς χρόνοις τοίνυν οὕτω φαίνεται γεγονὼς ὥστε, εἰ καὶ κατὰ θάτερα ἀστὸς ἦν, εἶναι πολίτην προσήκειν αὐτόν· γέγονε γὰρ πρὸ Εὐκλείδου.“* Nach dem unter dem Archonten Euklides von Aristophon eingebrachten Gesetz mußte man nämlich, um Bürger zu sein, von mütterlicher wie väterlicher Seite von bürgerlicher Abkunft sein. Nach seinem Wortlaut umfaßte das Gesetz zuerst auch solche, die vor der Amtsführung des Euklides geboren waren, wurde aber eben deshalb bald darauf dahin verbessert, daß es nur auf die nach seiner Magistratur Geborenen sich erstrecken sollte (siehe die Noten bei Dindorf, in l. l., VII, 1339, ed. Oxonii). Hierauf beziehen sich jene Worte: „denn er wurde vor dem Euklides geboren,“ und wir sehen also, wie die Nichtrückwirkung im attischen Recht auch im öffentlichen Recht sorgfältig gewahrt wird.

Wir haben oben selbst hervorgehoben und nachgewiesen, daß die Nichtrückwirkung naturrechtlich sei. Wenn aber bisher vom Naturrecht die Rede war, so wurde dies stets als ein seit ewig und allgemein gültiges, als ein vernunftgültiges gefaßt, welches zum positiven oder historischen Recht im Verhältnis eines allgemeinen Gedankenkernes zu seiner Ausführung, oder, wie Hegel selbst sich ausdrückt, wie im Verhältnis der Institutionen zu den Pandekten stehend gedacht wurde. Hieraus ergibt sich, daß das Naturrecht zwar im positiven oder historischen Recht als in ihm waltend gewußt wurde, daß aber die Versöhnung noch einseitig und unerschöpfend war, indem das Naturrecht seinerseits nicht als historisches Recht, nicht als von historischer Natur aufgefaßt wurde. — Da das Naturrecht nicht als historischer Natur gedacht wurde, sondern als jener seit ewig und allgemein gültiger Gedankenkern, ergab sich daraus zweitens, daß die Kategorien der Rechtsphilosophie als ewige und absolute Kategorien, d. h. als Kategorien des logischen Begriffes gedacht und die Rechtsphilosophie von Hegel selbst in dieser Form geschrieben wurde. Es ergab sich drittens daraus, daß das historische Recht, wo es dem Naturrecht nicht entsprach oder widersprach, nicht aus dem inneren Wesen des Geistes und seiner begrifflichen Tiefe, sondern aus zufälligen und besonderen Umständen und Zweckmäßigkeitsgründen oder resp. aus Willkür und Unvernunft oder Gewalt herzufließen schien und als rein Positives stehen blieb. Und endlich ergab sich hieraus besonders ferner, daß wo das historische Recht in verschiedener Weise das Naturrecht zu verwirklichen schien, diese Verschiedenheiten als gleichgültige oder doch nebeneinander bestehende Besonderheiten des-

selben Gedankens liegen blieben, wobei der sie zu einem qualitativ Anderen machende, durch sie hindurchgehende Unterschied des historischen Geistes ganz übersehen wurde.

Bei dieser Stellung von Rechtsphilosophie und historischem Recht zueinander konnte es dann freilich nur dazu kommen, daß beide die Arme verlangend nacheinander ausstreckten, oder höchstens zu einer eingebildeten, nicht wirklichen Umarmung. Eine ganz andere Stellung des Naturrechtes zum historischen Recht hat sich uns aus dem obigen Beispiel ergeben.

Wir haben gesehen, daß die Nichtrückwirkung naturrechtlich ist. Aber wir haben ebenso gesehen, daß in der gesamten vorgriechischen Geschichte Rückwirkung besteht, und nicht positiv oder bloß historisch, durch die besondere Verordnung eines Kaisers usw., sondern mit immanenter Notwendigkeit aus dem Begriff des asiatischen Geistes herfließend, also ihrerseits naturrechtlich. Wie ist das nun zu verstehen? Gibt es zwei Naturrechte? Die Auflösung ist ebenso einfach und liegt bereits in dem Vorigen. Das Naturrecht ist selbst historisches Recht, ist eine Kategorie von historischer Natur und Entwicklung, und muß es sein, denn der Geist selbst ist nur ein Werden in der Historie[1]). Es erhellt hieraus,

[1]) Es folgt also aus dem Obigen von selbst, daß die Rechtsphilosophie gar nicht in der Form geschrieben werden kann, in der sie Hegel und seine Nachfolger geschrieben haben, in der Form logischer Kategorien des Begriffes. In dieser Form kann nur die Logik und die Naturphilosophie entwickelt werden. Jede historische Wissenschaft aber, und darum auch das Recht, hat es nicht mit logischen unveränderlichen Begriffen, sondern mit Kategorien des histori-

daß, was bisher als bloß positives und historisches Recht liegen gelassen wurde, vielmehr als notwendiger Ausfluß des *Begriffes des Geistes* auf der *bestimmten* Stufe seiner inneren Entwicklung, oder als Ausfluß des

---

schen Geistes und darum überall mit *historischen Begriffen* zu tun. Sie wird also gar nicht behandeln können: *das* Eigentum, *den* Vertrag, *das* Unrecht, *die* Familie, *das* Erbrecht, *die* bürgerliche Gesellschaft, *die* Korporation, *den* Staat usw., was alles abstrakte und unwillkürliche Allgemeinheiten sind, sondern sie wird aus dem *historischen Begriff* des griechischen, des römischen, des germanischen Geistes usw. den Begriff des griechischen, des römischen, des germanischen Eigentums, des griechischen, des römischen, des germanischen Staates usw. entwickeln müssen, wobei sich zeigen würde, daß manche von diesen scheinbar logischen Kategorien nicht nur, was bei allen der Fall, stets einen ganz anderen *geistigen Inhalt* haben, sondern sogar in ihrer formellen *Existenz überhaupt* nur Produkt eines bestimmten historischen Geistesbegriffes sind und mit diesem kommen und verschwinden, z. B. die bürgerliche Gesellschaft, die Korporation usw. Und auch nicht bei einer solchen Allgemeinheit, wie der germanische Geist überhaupt, dürfte stehen geblieben, sondern hier müßte wieder auf die Unterschiede des historischen Begriffes in den verschiedenen Geistesperioden desselben eingegangen und hieraus die verschiedene Gestaltung und die Umänderungen der Institute seines Privat- und öffentlichen Rechtes abgeleitet werden. Es müßte also die Rechtsphilosophie ähnlich, wenn auch noch genauer eingehend, entwickelt werden, wie Hegel selbst die Religionsphilosophie geschrieben hat. Man wäre in der Religionsphilosophie ebensowenig vorwärts gekommen, wenn Hegel nur über *den* Gott, *das* Dogma, *das* Jenseits geschrieben hätte. *Hier* entwickelte er vielmehr bestimmt den *jüdischen, ägyptischen, römischen, christlichen* Gott usw., d.h. das *Gottesbewußtsein der Völker* in der *Bestimmtheit ihres historischen Geistes*. Wenn aber die Religionsphilosophie nur ist die Entwicklung des Gottesbewußtseins, so ist die Rechtsphilosophie nur

historischen Geistes begriffen werden muß, woraus sich dann auch die angeblichen bloßen Verschiedenheiten der Ausführung, welche das historische Recht demselben naturrechtlichen Gedanken, derselben Rechtskategorie,

---

die Entwicklung des Rechtsbewußtseins der Völker. Man kann somit sagen, wie dies übrigens bereits in tieferer Weise aus dem Obigen folgt, daß die Rechtsphilosophie bei Hegel eine seinen eigenen Prinzipien und seinem eigenen System widersprechende Gestalt erhalten hat — und natürlich von seinen Nachfolgern mumienartig darin bewahrt worden ist! Der Unterschied zwischen der Rechts- und Religionsphilosophie bei Hegel mag daher rühren, daß die Kategorien des Rechtes, Eigentum, Vertrag usw. eine vom historischen Volks- und Zeitgeiste unabhängige Identität durch alle Zeiten hindurch zu bewahren scheinen. Aber das ist eben nur ein Schein, der nur entsteht, solange man im Abstrakt-Allgemeinen stehen bleibt, und verschwindet, wenn man auf die jederzeitige Bestimmtheit dieser Rechtsinstitute eingeht. — Daß nun trotz des hier Gesagten auch das Identische in dem allgemeinen *formellen* Wesen der Rechtskategorien (Eigentum, Vertrag usw.), was aber als ein bloßes Ansich aufzufassen ist, nicht übersehen zu werden braucht, kann gleichfalls schon aus dem Vergleich mit der Hegelschen Religionsphilosophie hervorgehen, in welcher ja gleichfalls das allgemeine Wesen der Religionen als ein allen Religionen zugrunde liegendes Ansich gewahrt worden ist. Das begriffliche Verhältnis dieser Form der Rechtskategorien zu den Begriffen des historischen Geistes, die erst das wirkliche Recht, und den Inhalt jener formellen Kategorien daher immer als einen begrifflich-verschiedenen, erzeugen, könnte streng und systematisch nur in einem neuen „System der Philosophie des Geistes" nachgewiesen werden.

An sich bildet einen Versuch, in obiger Hinsicht über Hegel hinauszugehen, Gans' „Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung," denn hier ist nun wirklich mit dem chinesischen, indischen usw. Erbrecht angefangen und auch versucht worden, dies mit jedem Volksgeiste in einen Zusammen-

zu geben scheint, vielmehr als das Dasein schlechthin verschiedener und entgegengesetzter Begriffe des historischen Geistes ergeben, so erst die Hülle ihrer gleichgültigen positiven Verschiedenheit abstreifen und ihren wahrhaften Begriffsinhalt hervortreten lassen.

Erst bei dieser Auffassung bleiben Naturrecht und positives oder historisches Recht nicht in schattenhafter Entfernung voneinander, behalten nichts Apartes gegeneinander, sondern durchdringen sich wahrhaft.

Kehren wir von dieser Andeutung, die ohnehin hier nicht klarer gelegt werden kann [1]), zu dem von uns ent-

---

hang zu bringen. Aber es ist nur an sich über Hegel hinausgegangen, oder der Versuch ist verfehlt; denn der heutige Begriff des „Erbrechtes" ist wieder als eine solche logische allgemeine Kategorie aufgefaßt und von vornherein mitgebracht, und in diesem identischen Begriff nur die Verschiedenheit seiner stofflichen Rechtsausführung in einem gewissen Zusammenhange mit dem besonderen Volke nachzuweisen versucht worden. Aber davon, daß der Erbbegriff selbst im Prozeß des historischen Geistes ein anderer wird und ein anderer werden muß, daß dem, was wir unter „Erbrecht" zusammenfassen, stets ganz andere historische Geistesbegriffe zugrunde liegen — davon hat auch Gans keine Ahnung, und verfehlt daher auch wieder notwendig gänzlich den Geist des historischen Rechtes (des römischen Erbrechtes), wie wir dies alles im zweiten Bande in der gesamten Darstellung des Erbrechtes nachweisen und dort erst zum wirklichen Verständnis werden bringen können.

[1]) Wohl aber werden wir im gesamten Verlaufe dieses Werkes, wo dies ohne zu große Weitläufigkeit geschehen kann, im konkreten Stoffe selbst dies nachzuweisen suchen, wie das angeblich rein Positive und Historische nur notwendiger Ausfluß des jederzeitigen historischen Geistesbegriffes ist. Das großartigste Beispiel hiervon, das wir treffen werden, wird die gesamte Darstellung des Erbrechtes im zweiten Bande sein.

wickelten Prinzip über die Rückwirkung zurück. Wir haben eine philosophische Begründung gegeben, und es ist jetzt zunächst ein Blick auf den großen Umfang der Rechtsfragen zu werfen, welche durch dieses oberste Prinzip bereits ihre Entscheidung empfangen. Ein Gesetz, welches die Personenkapazität ändert oder sie einer Klasse von Personen entzieht, ändert also augenblicklich die Fähigkeit aller Personen und entzieht sie sofort allen denen, welche sie bisher bereits hatten, nach dem neuen Gesetz aber nicht besitzen. Aber die auf Grund dieser Fähigkeit bereits vorgenommenen individuellen Handlungen bleiben gültig bestehen und können durch das neue Gesetz nicht mehr vernichtet werden.

Wenn also ein Gesetz das zur Volljährigkeit erforderliche Alter, wo es bisher auf 21 Jahre bestimmt ist, auf 25 Jahre fixiert, so ist dadurch mit Recht allen auch vierundzwanzigjährigen und also nach dem bisherigen Gesetze schon majorennen Personen die hieran geknüpfte bereits vorhandene Handlungsfähigkeit wieder entzogen. Ein solches Individuum wird sich in nichts, weder über Gesetzgeber noch Richter beschweren können, da weder Alter noch Majorität *ein Akt seines Willens* ist. Das Alter selbst ist eine natürliche Eigenschaft und nichts durch den Willen Hervorgebrachtes. Und ebenso ist die *Bestimmung* desjenigen Alters, das zur Majorennität erforderlich sein soll, bloße Festsetzung des Gesetzgebers und eine vom Individuum ganz unabhängige Sache. Ein solches Gesetz darf also *scheinbar* zurückwirken und den Individuen die bereits erlangte Volljährigkeit wieder entziehen. Es ist aber genau gesprochen — und freilich ist dies in dieser Materie sehr nötig — gar keine „*erlangte*“ (denn es fehlt an jeder Willensaktion, welche die für den Begriff des Erlangens unumgängliche Voraus-

setzung bildet) Majorennität, sondern nur eine vorhandene bestimmte Handlungsfähigkeit da, die also mit dem neuen Gesetz schlechterdings vorhanden zu sein aufhört.

Mit völligem Unrecht also nehmen Savigny wie Bornemann an [1]), daß ein solches Gesetz ohne unzulässige Rückwirkung nicht auf die bereits Großjährigen angewendet werden, noch über sie verfügen dürfe (siehe hierüber ausführlicher bei der Anwendung, Abschnitt III, sub I).

Die bereits von diesen Individuen auf Grund ihrer bisherigen Majorennität getätigten Rechtsgeschäfte aber bleiben durchaus zu Recht bestehen, weil sonst freie Willensaktionen nachträglich vernichtet und entstellt werden würden.

Und man sehe, wie genau es darauf ankommt, stets den angegebenen Begriff scharf im Auge zu behalten, statt ihn in eine dann notwendig irreleitende Formel (über den Personenzustand, Rechtsfähigkeit usw.) verknorpeln zu lassen. Ist nämlich die Majorennität das Produkt einer Majorennitätserklärung, die z. B. auf Antrag des Vaters oder des Minderjährigen von dem vormundschaftlichen Gericht erlassen wird (vgl. Allgemeines Landrecht, T. II, Tit. 28, 216 und T. II, Tit. 18, § 714 fg.), so kann dies offenbar durch kein späteres Gesetz, welches die Majorennitätserklärungen abschafft oder andere Bedingungen derselben vorschreibt, mehr aufgehoben werden. Der Grund ist, daß sie hier durch individuelle Handlungen vermittelt und erworben ist, die nicht mehr vernichtet werden können [2]).

---

[1]) Der § 720 des Allgemeinen Landrechtes, T. II, Tit. 18, geht offenbar von der oben entwickelten Ansicht aus.

[2]) Wenn man hier die eigene Handlung des Minderjährigen vermissen wollte, so ist § 2 zu vergleichen. Vater wie vor-

Werfen wir hierbei gleich einen Blick auf die Emanzipation. Diese betrifft in ihren Folgen die Rechtsfähigkeit der Kinder, und somit den Zustand der Person an sich. Sie selbst aber ist ein Institut, welches im wahren Familienrecht wurzelt. Savigny (VIII, 504, 500) will daher, daß wie die Entstehung der väterlichen Gewalt, so auch ihre Auflösung, namentlich durch Emanzipation, stets unter dem Gesetz der Zeit stehe, unter welches die auflösende Tatsache fällt.

Aber es handelt sich vielmehr darum, wodurch die Emanzipation hervorgerufen wird, und je hiernach wird die Entscheidung eine entgegengesetzte sein müssen.

Nach dem Code Napoléon (Art. 372) tritt die Aufhebung der väterlichen Gewalt ipso jure mit der Volljährigkeit ein. Wird also das zu derselben erforderliche Alter dort erhöht, so fallen dadurch die betreffenden bisher Volljährigen auch wieder unter die väterliche Gewalt zurück. Diejenige Emanzipation aber und die durch sie bedingte Rechtsfähigkeit, welche zwar gleichfalls ipso jure eintritt, aber als Folge einer freiwilligen Handlung des Emanzipierten, wie dies nach dem Code Napoléon z. B. bei der Heirat der Fall ist (Art. 476, le mineur est émancipé de plein droit par le mariage), — diese wird durch ein späteres Gesetz über Emanzipation nicht mehr berührt, weil sie durch individuelle Willensaktion vermittelt und somit erworben ist. Man kann dies Resultat auch noch bestätigen durch die sehr alte, z. B. bereits von Bartolus gegebene Regel, daß ein Gesetz, welches als contractus vel quasi contractus wirke, d. h. sich in die Formel auflöse do ut facias, vel facio ut facias,

---

mundschaftliches Gericht handeln überhaupt für den Minderjährigen.

nicht durch ein späteres Gesetz in praejudicium quasi contrahentis aufgehoben werden könne[1]). In ein solches kontrahierendes Gesetz löst sich aber eben ein jedes auf, welches die Erlangung eines Rechtes oder Zustandes von der Bedingung individueller Handlungen abhängen läßt.

---

[1]) Bartolus, Comm. in Dig., lib. I, Nr. 28 (fol. 34, ed. Bas. 1589): Quarto quaeritur, utrum liceat facere statutum super his, quae ab aliis statutis ejusdem civitatis sunt disposita? — — Distingue: Aut statutum stat in simplici dispositione statuti, aut transit in *contractum vel quasi.* Primo casu per sequens potest statutum simplex revocari . . . secundo casu non potest revocari in praejudicium quasi contrahentis. Et intellige rationem contractus vel quasi, qui ex decreto vel statuto resultat. Et circa praedicta subjicio unam quaestionem, ad intelligentiam ipsorum. Statuto cavetur, quod qui venit ad habitandum in tali castro, habeat immunitatem perpetuo. Quidam venerunt; nunc civitas vult revocare statutum, et vult ne illi gaudeant immunitate. Certe in praejudicium eorum qui jam venerunt, non potest revocari. Secus in his qui nondum venerunt. Nam dictum statutum transivit in contractum, vel quasi contractum, do ut facias, vel facio ut facias, id est concedo tibi immunitatem ut venias. Si aliqui venerunt, ex utraque parte, perfectus est contractus, et ideo non est locus poenitentiae sed antequam veniunt.

Was an dieser von Bartolus gegebenen Regel richtig ist, ist die Tätigkeit des oben entwickelten Begriffes in ihr. Seine Regel selbst aber ist zu weit und zu eng. Zu weit — und darum ist gerade das von ihm gewählte Beispiel ganz falsch —, wie sich in § 7 zeigen wird, wo sich die aus der konkreten Entwicklung des Begriffes für diese Regel folgenden Einschränkungen ergeben werden. (Daselbst wird sich auch zeigen, welcher durch die genauere Begriffsbestimmung gesetzten Einschränkung das unterliegt, was wir oben nur beispielsweise über die Emanzipation durch Heirat gesagt haben.) Zu eng, wie sich dies in §§ 2, 6 u. a. herausstellen wird.

Mit Unrecht würde man aber in dem erwähnten Beispiele der Emanzipation durch Heirat den Grund vielleicht etwa darin suchen wollen, daß, weil der Minderjährige ohne väterliche Erlaubnis eine Ehe nicht eingehen kann, dieselbe eine Entlassung aus der Gewalt seitens des Vaters selbst in sich einschließt. Dies trifft hier nur zufällig zusammen; denn dies Zusammentreffen wäre nicht der Fall und die Folgen für die Rechtsfähigkeit dennoch dieselben, wenn die individuelle Handlung, durch welche sie vermittelt wird, gar nicht der Einwilligung des Vaters bedarf, wie z. B. wenn ein Gesetz nach Art Justinians in der Nov. 81 [1]) die Emanzipation und die durch sie hervorgebrachte Rechtsfähigkeit ipso jure als Folgen gewisser Würden und Staatsämter eintreten ließe. Eine väterliche Einwilligung findet hierbei nicht statt. Aber die Erlangung der Würde oder des Amtes ist ein durch individuelle Verdienste und Aktionen des Emanzipierten Vermitteltes. Auf diese Entstehung der Rechtsfähigkeit wirken also spätere Gesetze nicht ein, während sie dies wohl tun, wo die Emanzipation bloß durch Alter eingetreten ist. Man kann also nicht, wie die französischen Autoren stets tun, im allgemeinen sagen, daß die Rechts- und Handlungsfähigkeit den Personen stets bloß vom Gesetz verliehen sei. Sie kann auch erworben sein. Auf die Operation der obigen Begriffsunterschiede kommt es an. Man kann ebensowenig, wie Savigny diesen Gedanken ausdrückt, sagen, daß der Zustand der Person an sich stets der sofortigen Anwendung des neuen Gesetzes unter-

[1]) Cap. 1. Quapropter gravissima hac lege utentes sancimus ut ordinarii consules, si in potestate sint, simul cum verbo, quod ipsis hoc munus tribuit, *suae potestatis fiant;* praeterea ut consularibus codicillis ab Imperatore honoratis et sub manu parentum constitutis codicilli in causa sint, *ut sui juris fiant* etc.

liegen müsse. Es kommt wiederum auf die Operation der obigen Begriffsmomente, auf die Frage an, ob dieser Zustand durch das Gesetz verliehen oder ein durch die individuelle Willensaktion Konstituiertes und Vermitteltes sei. Will man noch einen entscheidenden Beweis hierfür, so liegt er in folgendem: Nichts betrifft gewiß den Zustand der Person an sich in höherem Grade als die Frage, ob man Sklave oder Freier sei. Nun verordnen die Kaiser Diokletian und Maximinian[1]), daß der Sklave, der sich zwanzig Jahre lang im redlichen und titulierten Besitz der Freiheit befunden (qui bona fide in possessione libertatis etc.), gegen die Vindikation des Herrn geschützt und ein freier römischer Bürger sein solle (ut et liberi et cives Romani fiant). Kein Mensch wird annehmen, daß durch Abschaffung dieses Gesetzes auch diejenigen hätten berührt und wieder zu Sklaven gemacht werden können, welche einmal durch den Ablauf der zwanzig Jahre unter dem Gesetze zu Freien geworden waren. Und warum ist hier der Zustand der Person an sich der Einwirkung des neuen Gesetzes entzogen? Weil jene Sklaven durch Ersitzung, durch Usukapion, also (s. § 2 D. über die Usukapion) durch fortgesetzte individuelle Willensaktion den Zustand eines Freien sich erzeugt und zu dem ihrigen gemacht hatten, und derselbe deshalb ein erworbener war. Auf dieses Begriffsmoment allein also kommt es an, und nur darum ist die Formel über den Personenzustand meistens richtig, weil derselbe in den meisten Fällen ein bloß vom Gesetze verliehener ist.

Betrachten wir ferner ein Gesetz über Ehe und Ehescheidung nach obigem Prinzip.

---

[1]) L. 2, C. de longi temp. praescr. quae pro liber. (7, 22).

Soweit dieses Gesetz die Gatten schon dadurch trifft, daß es die organische Institution der Ehe selbst ändert, soweit es also die Gatten in denjenigen allgemeinen Qualitäten, Rechten und Pflichten trifft, welche das Gesetz den Gatten überhaupt verleiht, so weit wirkt es augenblicklich auf alle schon bestehenden Ehen ein. Soweit aber das Gesetz die Gatten nicht ausschließlich und unmittelbar durch eine Veränderung jener Eigenschaften und Rechte treffen würde, welche das Gesetz selbst an die Qualität des Gatten knüpft, sofern es also sie nur dann treffen würde, wenn hierzu noch eine in der Vergangenheit liegende freiwillige Handlung eines Gatten hinzutritt, so weit darf dies Gesetz keinesfalls einwirken. Denn insoweit würde seine Einwirkung eine Rückwirkung sein.

Wenn also ein neues Gesetz die Scheidung überhaupt aufhebt, oder die Scheidung, falls sie bis dahin verboten war, einführt; wenn ein neues Gesetz die persönlichen Rechte und Pflichten der Gatten zueinander (Gehorsam, Schutz usw.) ändert, so wirken diese Bestimmungen sofort auf alle bestehenden Ehen ein. Denn die Gatten werden durch dieses Gesetz nur insofern betroffen, als das Institut der Ehe selbst, als die allgemeinen und stets vom Gesetz verliehenen Qualitäten der Ehemänner und Ehefrauen dadurch verändert werden. Ob die Ehe überhaupt auflösbar oder unauflösbar ist, ist eine rein durch das Gesetz der Ehe verliehene Qualität, nicht eine Tat und ein Produkt des einzelnen Gatten. Die Gatten werden durch dieses Gesetz unmittelbar in ihrer allgemeinen gesetzlichen Qualität als Gatten getroffen, ohne Vermittlung einer besonderen freiwilligen Handlung ihrerseits.

Ebenso wenn ein Gesetz neue Ehescheidungsgründe einführt oder bestehende abschafft, gilt das Gesetz auch

in dieser Hinsicht vom Augenblick seines Erscheinens ab für alle bestehenden Ehen. Was ein Ehescheidungsgrund überhaupt sein soll oder nicht, ist gleichfalls nicht durch die Willensaktion des Individuums hervorgebracht, sondern eine das Institut der Ehe selbst betreffende gesetzgeberische Bestimmung. Die Gatten können daher auch in dieser Hinsicht dem Gesetze durchaus keinen Vorwurf der Rückwirkung machen; denn da es sich nicht auf die eigenen Handlungen eines Gatten vor seinem Erscheinen erstreckt, so wird keine solche eigene Handlung ex post verändert, und wenn von nun an Handlungen als Ehescheidungsgründe gelten, die es bis dahin nicht waren, so steht es dafür in der Freiheit des Individuums, von nun an diese vom Gesetz bezeichneten Handlungen zu unterlassen. Die menschliche Freiheit, das erste Recht des Individuums, die Natur seiner Handlung vorher wissen zu können, ist also gerettet.

Wenn man aber den vom neuen Gesetz statuierten Ehescheidungsgründen mit Savigny (s. oben S. 75) sogar die Folge geben wollte, daß sie auch auf die frühere Zeit anwendbar seien, dann würde allerdings die schreiendste Rückwirkung vorliegen. Denn dann würde ja eben eine freiwillige, vollbrachte Handlung des Individuums nachträglich einen anderen Charakter und andere Folgen erhalten, als dasselbe bei der Vollbringung wissen konnte, und es würde den Gesetzgeber oder Richter der Vorwurf treffen, die menschliche Zurechnungsfähigkeit forciert zu haben[1])!

---

[1]) Und nichtsdestoweniger hat der rheinische Appellationsgerichtshof zu Köln in einem Urteil vom 22. Juli 1850 und der Berliner Revisions- und Kassationschef durch Bestätigung desselben durch Urteil vom 20. Juni 1851 sich nicht gescheut, sich dieses schwersten Vorwurfes schuldig zu machen!

Betrachten wir die Wirkung unseres Prinzipes auf Verträge, so ergibt sich zunächst in bezug auf die Form derselben, daß diese, da ja Verträge und ihre Errichtung stets freiwillige Handlungen sind, immer nur nach den Gesetzen zur Zeit der Stipulation beurteilt werden kann. Aus demselben Grunde aber ergibt sich auch für den Inhalt der Verträge, daß sich derselbe in bezug auf Gültigkeit, Art und Grad seiner Wirksamkeit, Anfechtungsgründe usw. immer nur nach dem Gesetz zur Zeit des Kontraktes richten wird, soweit dies nicht Einschränkungen unterliegt, die aber aus unserem Prinzip selbst hervorfließen müssen, statt ihm derogieren zu dürfen, worüber später.

Wie im Privatrecht, so ist das obige Prinzip nicht minder im öffentlichen Rechte wirksam. Vom Strafrecht haben wir dies bereits gleich im Anfang gesehen. Es ist dies aber nicht weniger bei den anderen Teilen des öffentlichen Rechtes der Fall.

Wenn ein Gesetz die zur Erlangung der Naturalisation erforderlichen Bedingungen erschwert, so wirkt dasselbe keineswegs auf diejenigen Fremden ein, welche die Naturalisation nach Maßgabe der früheren Bedingungen bereits erlangt haben.

Wenn es aber z. B. einem Staate einfiele, alle zur Zeit auf seinem Territorium weilenden Fremden ohne Rücksicht auf deren Willen mit dem Indigenat zu bekleiden, und dieses Gesetz würde später wieder aufgehoben, so würde die Aufhebung sich auch auf diejenigen Fremden erstrecken, welchen das Indigenat durch das erstere Gesetz zuteil geworden war [natürlich mit Ausnahme solcher, welche diese Qualität vor dem widerrufenden Gesetze durch ausdrückliche Willenserklärung oder konkludente Handlungen — spätere Domizilierung, Errichtung eines

Gewerbebetriebes usw. — bereits akzeptiert und so durch eine spätere individuelle Willensaktion zu ihrem individuellen Eigentum gemacht hatten; denn es ist gleichgültig, ob das Recht erst entsteht durch die individuelle Willensaktion, oder ob es ursprünglich aus dem Gesetze fließt, das Individuum aber es durch spätere Handlungen ergreift und verseinigt; siehe hierüber § 3]. Nicht in dieser Rücknahme also würde eine Rückwirkung liegen, nur dem ersten Gesetze würde man eine solche beimessen können, weil es auf Grund des zeitigen Aufenthaltes diesem freiwilligen Faktum rückwirkend eine ungewollte Folge gab (und außerdem den Betreffenden dadurch das Staatsbürgerrecht in ihrer Heimat entzog)[1]).

---

[1]) Die Supposition eines solchen Gesetzes, welches ohne jede Rücksicht auf den Willen der Individuen alle Fremden ohne weiteres mit dem Indigenat bekleidet, kann vielleicht auf den ersten Blick so kindisch scheinen, daß sie selbst das Recht der Theorie, zum Beweise ihrer Thesen auch die unwahrscheinlichsten Fälle zu unterstellen, überschreitet. Dies ist aber nicht nur nicht so, sondern solche Gesetze und daraus entspringende Fälle von der größten praktischen Wichtigkeit sind sogar dagewesen. Zuerst muß hier erinnert werden an die Konstitution des Marcus Antoninus, von der uns die L. 17 D. de statu hominum (I, 5) erzählt, durch welche alle Bewohner des römischen Erdkreises ohne weiteres zu römischen Bürgern gemacht worden sind. (In orbe Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.) Kein Mensch wird bezweifeln, daß, wenn es Marcus Antoninus gefallen hätte, später diese Verordnung wieder aufzuheben und die früheren Unterschiede wiederherzustellen, durch diese Aufhebung auch die lebenden Geschlechter mit Recht getroffen worden wären. Man wird dies um so weniger bestreiten können, als dies Edikt bei den Verhältnissen der alten Welt eigentlich ein Edikt über die Rechtsfähigkeit darstellt. Immerhin war diese Rechts-

Ebenso nimmt ein neues die Wahlfähigkeit beschränkendes Wahlgesetz diese Fähigkeit unzweifelhaft auch allen solchen Bürgern, die sie bisher besaßen, aber die bereits vollzogenen Wahlen, zu denen sie auf Grund des früheren

---

fähigkeit bloß die Folge der einmal erlangten Qualität des römischen Bürgers, und wäre diese durch eine individuelle Leistung und Willensaktion erlangt worden, so wäre sie — und also auch die jederzeit aus ihr fließende Rechtsfähigkeit — unwiderruflich gewesen. Keinesfalls liegt der wahre Grund der Widerruflichkeit der Verordnung des Marcus Antoninus darin, daß sie als akzessorische Folge der römischen Bürgereigenschaft über die Rechtsfähigkeit statuierte. Es wird sich bei uns gar nicht anders mit einer solchen Verordnung verhalten, obgleich bei den faktischen Verhältnissen der modernen Welt die Erteilung des Indigenates durchaus nicht ein bloßes Statut über die Rechtsfähigkeit darstellt. Es kann sogar das Indigenat und die Rechtsfähigkeit bei uns getrennt sein (vgl. Code civ., Art. 7). Ganz bestimmt war dies der Fall nach den französischen Gesetzen vom 30. April 1790 und 9. Dezember desselben Jahres (Art. 24). Ersteres verordnet que tous ceux qui nés hors du royaume, de parens étrangers, sont établis en France, *sont réputés Français,* et admis, en prêtant le serment civique, à l'exercice des droits de citoyens actifs, après cinq ans de domicile continu dans le royaume, s'ils ont en outre, ou acquis des immeubles, ou épousé une Française etc. Merlin hat auf das unzweifelhafteste nachgewiesen, daß dies Gesetz von der Bedingung des Bürgereides nur die Ausübung der bürgerlichen Rechte abhängig macht, die Qualität eines Franzosen aber unabhängig hiervon und ipso jure allen denen überträgt, welche fünf Jahre hindurch ihr Domizil in Frankreich gehabt und außerdem ein Grundstück gekauft oder eine Französin geheiratet haben.

War dies Gesetz aber nur auf die Zukunft anwendbar oder war es auch anwendbar auf solche, welche schon vor dem Erlaß desselben fünf Jahre ununterbrochen ihr Domizil in Frankreich gehabt und dazu eine Französin geheiratet hatten? Waren nun also auch diese, die diese Folge nicht hatten vor-

Gesetzes mitgewirkt haben, werden hierdurch nicht vernichtet; die individuellen Handlungen bleiben bestehen.

Zugleich ist ersichtlich, daß dieses Prinzip den Anforderungen entspricht, welche wir oben (S. 68 fg.) für

---

aussehen können, unabhängig von ihrem Willen zu Franzosen gemacht?

Merlin, in einem bald anzuführenden Plädoyer, das er als Generalprokurator vor dem Pariser Kassationshofe hielt, behauptete dies letztere, und dies war eine der Hauptachsen, um welche sich der seiner Zeit so berühmte Prozeß des damaligen Majors Mac-Mahon gegen seine geschiedene Gattin, die Frau von Latour, drehte. Es handelte sich in diesem Prozesse, welcher drei verschiedenen Appellhöfen überwiesen wurde und zwei kassierende Urteile des Pariser Kassationshofes veranlaßte, und in welchem Merlin dem Vorfahr des Siegers von Magenta doppelte Felonie und Überläuferei gegen England wie Frankreich und Betrug in seinen Ehepakten nachwies, darum, zu wissen, ob Mac-Mahon, der bei dem Erlaß des Gesetzes vom 20. April 1790 bereits fünf Jahre in Frankreich gewohnt und eine Französin geheiratet hatte, durch dasselbe ohne seinen Willen zum Franzosen geworden war, und ob folglich, da er zwei Jahre darauf Frankreich verließ, die damaligen Gesetze über Emigranten auf ihn anzuwenden waren. Es lag somit hier ganz der Fall vor, den wir oben im Text supponiert haben. Der Appellhof von Orléans entschied hierüber in einem schön motivierten Urteil (vom 11. Thermidor XIII): „Attendu — qu'un acte de naturalisation est un véritable *contrat* entre le gouvernement qui adopte et l'étranger adopté, que ce contrat comme tous les autres contrats, exige un *consentement mutuel et réciproque;* que ce consentement doit être formel ou résulter d'actes exprès et positifs, d'où il suit que toute disposition générale qui *déclarerait naturalisée* telle ou telle classe des individus, *ne pourrait s'appliquer réellement qu'à ceux des individus* qui en auraient *réclamé* ou *accepté* la faveur ou l'application."

Die Richtigkeit dieser Motive springt in die Augen. Trotzdem erhob sich Merlin, der schon ein kassierendes Urteil in diesem Prozeß herbeigeführt hatte, mit Macht dagegen vor

eine wahrhafte *Theorie* aufgestellt haben. Wir verlangten hierzu, daß beide Grundsätze, sowohl derjenige, welcher bestimmt, wo sofortiges Platzgreifen der Gesetze stattfinden als *nicht* stattfinden darf, in eine *gemein-*

---

dem in vereinigten Kammern sitzenden Kassationshof. Nach ihm hätte Mac-Mahon gleich nach Erscheinen des Gesetzes sagen müssen: „Da man will, daß ich auf Grund meines Domiziles Franzose sei, so verlasse ich das Territorium eines Gouvernements, dessen Adoption mir nicht gefällt." Merlin vergißt, daß, war einmal Mac-Mahon durch das Gesetz vom 30. April 1790 zum Franzosen geworden, er durch das sofortige Verlassen Frankreichs vielmehr *nur sofort* damaligen Emigrantengesetzen verfallen, seine Lage also gar nicht geändert worden wäre und daß der fortgesetzte Aufenthalt in einem Lande — von anderen faktischen Umständen des *Falles* abgesehen — keine notwendige Akzeptation des Indigenates in sich schließt. Umsonst beruft sich Merlin, geradezu die Behauptung aufstellend, daß die Einwilligung des Individuums in die Naturalisation gleichgültig wäre, auf das Gesetz vom 5. Ventôse V, welches *alle* Einwohner des eroberten und mit Frankreich vereinigten belgischen Gebietes ohne Rücksicht auf ihren Willen zu französischen Bürgern erklärt hatte. Er vergißt, daß die Staatsangehörigkeit, welche ein Staat über die Kinder seiner eigenen Bürger oder über die Bürger eroberter und zum Staatsterritorium geschlagener Länder ausspricht, ein *Zwangsgesetz* ist und sein muß, von dem sich der einzelne nur unter den bestimmten Formen der Auswanderungsgesetze befreien kann, daß aber die Stellung, welche ein Staat zu den Angehörigen fremder Nationen einnimmt, eine ganz andere ist.

Durch die Überlegenheit seines Wissens und seines Scharfsinnes gewann Merlin die Schlacht gegen Mac-Mahon, trotz des Widerstrebens der Appellhöfe von Paris und von Orléans. Aber er gewann sie nicht auf Grund des in Rede stehenden Kassationsmittels, sondern aus anderen in der Sache zur Sprache kommenden Gründen. In seinen beiden kassierenden Urteilen vom 30. Pluviôse XIII und vom 22. März 1806 vermeidet vielmehr der Kassationshof sich über die Frage, ob Mac-Mahon

same Rechtsidee aufgelöst werden. Nur dann sei Einheit — und mit ihr Theorie — vorhanden, wenn diese eine Idee die Unterschiede selbst als aus ihr fließende erzeuge, so daß sich also auch aus der Idee der

---

als Franzose zu betrachten sei, obgleich sie das erste Kassationsmittel bildete, auszusprechen, und indem er das zweitemal — en chambres réunies sprechend — statt dessen auf das vierte Kassationsmittel einging und ausdrücklich erwog, daß Mac-Mahon sich demselben nicht entziehen könne „sous le prétexte qu'il *est* étranger", weil dasselbe zur Geltung komme „contre tous les individus soit français soit étrangers", hat er deutlich genug seine von Merlin hierin abweichende Ansicht an den Tag gelegt (s. die beiden Plädoyers Merlins in dieser Sache, abgedruckt in seinem Répert. de jurispr. v⁰ Divorce Sect. IV, § 10, T. IV, p. 664—709). Von dem ersten Kassationsurteil steht, obwohl es sich darüber nicht ausspricht, sogar unzweifelhaft fest, daß der Kassationshof Mac-Mahon trotz des Gesetzes vom 30. April 1790 als einen Fremden betrachtet habe; denn der Präsident der Sektion des Kassationshofes, welche jenes Urteil erließ, Malleville, bekundete später, daß der Hof Mac-Mahon „*quoique étranger*" doch seiner Gattin gegenüber für einen „absent rentré" gehalten habe (s. Malleville, Analyse raisonnée de la discussion du Code civile au conseil d'état, art. 234).

Wäre man aber selbst mit Merlin der Meinung gewesen, daß ursprünglich durch das Gesetz vom 30. April 1790 Mac-Mahon zwangsweise zum Franzosen gemacht worden war, so hatte doch bereits die Konstitution vom 3. September 1791, Tit. II, Art. 3, durch eine kleine Änderung in dem Wortlaut jenes Gesetzes demselben, wie Merlin selbst (das., S. 696) zugibt, derogiert und die Naturalisation an den freien Willen des Individuums gebunden. Durch eine Umstellung des Satzes von der Leistung des Bürgereides bewirkte sie nämlich, daß nur derjenige für einen Franzosen angesehen werden solle, der außer den übrigen Bedingungen den Bürgereid geleistet habe, worin also eine ausdrückliche individuelle Willenserklärung liegt. Und folglich hätte man — obwohl Mac-Mahon dieses Mittel,

Nichtrückwirkung selbst die Fälle ergeben, in denen ein neues Gesetz sofort zur Anwendung zu kommen hat. In der Tat ist dies durch das obige Prinzip erreicht, weil dasselbe, statt eine Formel zu bilden, nur die Rechtsidee der Nichtrückwirkung darstellt.

---

wie es scheint, geltend zu machen verabsäumte — immer annehmen müssen, daß hierdurch jener Zwang des Gesetzes von 1790 fortzuwirken aufgehört habe. Es reicht nicht hin zu sagen, wie Merlin tut, der, offenbar von selbst auf diesen Gedanken stoßend, ihn flüchtig in einem Satze berührt, daß die neue Konstitution „de même qu'elle ne *prive* pas les étrangers de la naturalisation qu'ils avaient *obtenue* avant 1789 par les lettres patentes du roi, de même aussi elle ne les *dépouille* pas de celle, qu'avaient purement et simplement attribuée les lois des 30 avril et 9 décembre 1790". Alle diese Ausdrücke passen gar nicht einmal, da sie, priver wie dépouiller usw., ein Entziehen der Eigenschaft gegen den Willen des Individuums voraussetzen. Es handelte sich vielmehr darum, ob, wenn ein Staat ohne Rücksicht auf vorhergängigen Willen oder nachfolgende Akzeptation ein Individuum zwangsweise naturalisiert, dieser Zwang nicht in demselben Augenblicke für alle nicht akzeptiert habenden Individuen fortzuwirken aufhört, sobald der Staat seinerseits von dem Zwangsgesetz zurücktritt. Und so gestellt kann die Beantwortung der Frage nicht zweifelhaft sein. Die Fortdauer des Zwangsverhältnisses kann nicht aus dem Rechte des Individuums gefolgert werden, wenn dieses weder vorher gewollt, noch nachher akzeptiert hat, sondern eben gezwungen ist. Sie kann nicht länger aus dem Rechte des Staates folgen, wenn dieser seinerseits das Zwangsgesetz aufgehoben hat und somit von der Zwangsanschauung zurücktritt. Woher sollte also seine Fortdauer kommen können? Die Wirkung der vom Staat verfügten Zwangsansicht, vermöge welcher Mac-Mahon als Franzose anzusehen war (*sera réputé* Français), dauert offenbar nur, solange der Staat diese Zwangsansicht festhält, und hört somit in dem Moment auf, in welchem er sie aufgibt. Dies Gesetz hat nicht, wie oben Bartolus sagt, als Kontrakt, sondern

Es liegen hier nicht mehr zwei äußerliche Regeln vor, von denen die eine bestimmt, wo Nichtrückwirkung, und die andere, wo Rückwirkung stattfinden soll. Sondern die Regel der Nichtrückwirkung ist hier erstens in den Begriff der Nichtrückwirkung selbst zurückgeführt, so daß sie zugleich angibt, auf welcher obersten Rechtsidee der Grundsatz von der Nichtrückwirkung überhaupt beruhte und warum er Wahrheit habe (vgl. oben S. 120 fg.). Ferner sind eben dadurch die beiden Regeln, wo der Grundsatz von dem sofortigen Eingreifen der Gesetze zur Anwendung zu kommen habe, in eine begriffliche Einheit aufgehoben; beide Grundsätze selbst sind, statt sich entgegengesetzte zu bleiben, von denen der eine auf diesem, der andere auf jenem Rechtsgebiete gelten soll, in innere Einheit gesetzt, in eine gemeinsame Rechtsidee aufgelöst, und drittens ist damit das ebenso begriffliche als praktische Re-

---

als Gesetz gewirkt, und die Wirkung verschwindet daher mit dem Gesetze selbst. Und selbst jeder Kontrakt erlischt, wenn beide Parteien desistieren. — Die entgegengesetzte Ansicht — die Ansicht Merlins — führt zu der großen Ungereimtheit, daß der Staat zwar durch das Zwangsgesetz von 1790 auf alle nicht erst zukünftig, sondern bereits gegenwärtig in den von ihm vorhergesehenen Lagen befindlichen Fremden sofort habe einwirken und somit — weil ohne Rücksicht auf ihren Willen — habe rückwirken können, daß aber dem späteren Gesetze — der Konstitution von 1791 —, welches die Naturalisation der natürlichen Willensfreiheit des Individuums zurückgibt, eine geringere Kraft einwohne und es nicht wie das erstere auf die gegenwärtigen Zwangsverhältnisse, sondern erst auf die Zukunft einwirken könne!

Höchstens hätte man also annehmen können, daß Mac-Mahon in der Zwischenzeit vom Gesetze von 1790 bis zur Konstitution von 1791, aber nicht mehr bei seiner Flucht (1792) Franzose gewesen sei.

sultat erreicht, daß es eine zuverlässige wirkliche Rückwirkung, eine einzelne oder eine Klassenausnahme von dem Prinzip der Nichtrückwirkung, überhaupt nicht gibt, daß vielmehr auch das sofortige Platzgreifen neuer Gesetze in allen Fällen, wo es zulässig ist, gerade durch den Begriff der Nichtrückwirkung selbst gesetzt und vermittelt sein muß, und eine solche aus diesem Begriffe selbst hervorgehende sofortige Anwendung nur eine augenblickliche Einwirkung — wie solche im Wesen des Gesetzes liegt —, keine Rückwirkung mehr darstellt*).

*) Note des Herausgebers: Die in der Note auf Seite 150 von Lassalle als Rechtsbruch gekennzeichneten Entscheide beziehen sich höchstwahrscheinlich auf die um jene Zeit gegen die Gräfin Sophie Hatzfeldt rechtskräftig erklärte Ehescheidung.

II. DER BEGRIFF UND SEIN UMFANG.

§ 2. Der Umfang der Willenshandlungen.

Wenn aber nur die individuellen Willenaktionen von keinem späteren Gesetze getroffen werden sollen, oder, was hiermit identisch, nur solche Rechte erworbene Rechte sind, welche durch freie Willensaktionen vermittelt sind, so muß es zunächst scheinen, daß aus bloßen Begebenheiten und Ereignissen (z. B. also die eigene Geburt, der Tod anderer), oder aus den Handlungen dritter Personen — die ja in bezug auf das Individuum bloße Ereignisse sind —, daß also aus solchen Fakten, die man im Unterschied von den eigenen Willensaktionen juristische Tatsachen nennen kann, dem Individuum keine erworbenen Rechte entstehen können. Wollte man nun aus obigem Begriffe eine solche Regel ableiten, so würde dieselbe zwar im allgemeinen auch noch richtig sein; sie würde aber, wie jede Regel, zahlreiche Ausnahmen erleiden, während jener Begriff selbst keine erleidet, es vielmehr, wie sich gleich zeigen wird, gerade seine eigene Tätigkeit ist, welche diese Ausnahmen an der Regel hervorbringt.

Es gibt nämlich Rechte, welche scheinbar an Ereignisse und Handlungen dritter Personen geknüpft sind, aber, obwohl sie äußerlich und ihrer sinnlichen Gestalt nach als Folgen solcher facta aliena erscheinen, doch ihrer inneren Natur nach vom Rechte aufgefaßt werden als eigene Willensaktionen des Individuums.

Ist dies der Fall, so ist es natürlich nur eine Forderung des Begriffes und eine glänzende Bestätigung seiner Konsequenz, daß solche Rechte und nur solche Rechte, die nach ihrer äußerlichen Erscheinung zwar als Folgen fremder Tatsachen sich darstellen, vom Gesetze aber als auf der eigenen Willensaktion des Individuums beruhend gedacht werden, erworbene Rechte bilden und also von einem späteren Gesetze nicht berührt werden können.

Dies tritt nun in der Tat ein, und es sind jetzt diese scheinbaren Anomalien durchzugehen und in ihre wahre Natur als strenge Konsequenzen des Begriffes aufzulösen.

A. Erb- und Familienrecht; Personenrepräsentation.

Dahin gehören alle solche Rechte, welche dem Individuum durch die eigene Geburt oder den Tod anderer entstehen und welche vermittelt sind durch das Familienrecht. Die so vermittelten Rechte sind dem Individuum erworben vermöge der nach der Anschauung des Rechtes innerhalb der Familie herrschenden Identität der Personen und ihres Willens. Vermöge dieser Identität wird vom Rechte die gültige Willenshandlung der einen Familienperson zugleich als Willenshandlung der anderen angesehen. Wenn geerbt wird, so erscheint dies zunächst als die Folge eines bloßen Ereignisses, des Todes des Erblassers. In der Tat aber beruht der Erwerb auf einem entweder ausdrücklichen letzten Willen desselben — testamentarische Erbschaft — oder auf einem vom Gesetz präsumierten — Intestaterbfolge. Es geschieht also dieser Erwerb durch eine Willenshandlung des Erblassers[1]), die infolge

[1]) An dieser abstrakten, von allen konkreten Unterschieden absehenden und darum auch unrichtigen Behauptung muß es

der angegebenen das Wesen des Familienrechtes bestimmenden Identität als die eigene Willensaktion des Erben erscheint[1]).

Das Erbrecht darf also nicht als ein aus einem Ereignis oder einer fremden Handlung entspringendes Recht aufgefaßt werden, sondern wenn dies seine äußerliche Erscheinung ist, so beruht seine spekulative Natur ursprünglich auf der durch die Identität der Familie vermittelten Willensaktion des Erben.

Der positive Beweis hierfür kann nur durch das genaueste Eingehen auf das Wesen des Erbrechtes, also erst im zweiten Bande sich ergeben, welcher dasselbe ebenso nach seinem philosophischen Gedankeninhalt als nach der Verschiedenheit seines historischen Gei-

---

hier noch genügen. Das Wahrhafte darüber kann sich erst im zweiten Bande ergeben.

[1]) Wenn etwa ein Gesetz alle Testamentserbschaft ausschließt und nur Intestaterbfolge anerkennt, so würde man freilich nicht sagen können, daß dieselbe einen präsumierten Willen des Erblassers darstelle. Allein hier entsteht das Recht der Erben überhaupt nicht erst durch den Tod, es ist vielmehr durch die Geburt oder bei dem Erwerb des Eigentums entstanden. Das Eigentum ist hier von vornherein als ein an sich gemeinschaftliches Familieneigentum erworben, und dieser Wille, es als solches zu setzen, erscheint als der gemeinschaftliche Wille aller Familienindividuen. Es ist nicht anders mit dem unter diesem Gesetze bei der Geburt schon vorhandenen Eigentum der Eltern. Die Geburt stellt für das Individuum selbst ein Erzeugtsein, ein bloßes Ereignis dar; aber dieses Erzeugtsein löst sich sofort auf in eine Erzeugung, also in eine Handlung seitens der Eltern, durch welche Handlung das vorhandene Eigentum als das an sich gemeinschaftliche der nun entstandenen Familie gesetzt und diese Willensaktion um jener unmittelbaren Identität willen als der gemeinschaftliche Wille aller Familienglieder erscheint.

s t e s betrachten soll. Dort wird dieser Beweis auf die strengste und wissenschaftlichste Weise erbracht werden. Bis dahin muß das soeben Gesagte als eine bloße Assertion und Abbreviatur aufgenommen werden, deren Beweis nicht bloß, sondern auch deren t i e f e r e s V e r s t ä n d n i s und deren i n n e r e U n t e r s c h i e d e erst im zweiten Bande sich entfalten können. — Darauf muß also einstweilen hinverwiesen werden.

Aber auffällig oder willkürlich erscheinen kann diese Umwandlung des Erbrechtes in ein durch die W i l l e n s - a k t i o n des Erben hervorgebrachtes Recht schon nach dem hier Gesagten nicht. Sie wäre überdies nur eine notwendige und spekulative Folge dessen, was schon anderweitig über die Personenidentität als das Wesen der Familie ausmachend anerkannt wurde, und findet ihren sinnfälligen Erweis in der Lehre von der R e p r ä s e n t a t i o n, nach welcher ja auch z. B. das vom Kinde oder römischen Sklaven Erworbene um dieser vom Gesetz angeschauten Identität der Personen willen als der rechtliche Erwerb des Vaters oder Herrn gilt.

Das Erbrecht ist aber nur die wichtigste Anwendung dieser durch das Familienrecht bewirkten Vermittlung, und das Gesagte gilt ebenso für a l l e Rechte, die durch das Familienrecht vermittelt sind. So z. B. die Erwerbung des Indigenats durch Geburt. Die Erwerbung des Indigenats durch Naturalisation oder Niederlassung erscheint auch äußerlich als eine Erwerbung durch individuelle Willensaktionen, und von ihr begreift sich also leicht, daß sie von einem späteren Gesetz nicht aufgehoben werden kann. Das durch Geburt erlangte Indigenat scheint aber ebenso wie z. B. die Volljährigkeit aus einem bloßen Ereignis, und somit lediglich aus dem G e s e t z, nicht aus einer individuellen Handlung zu fließen, wonach es also auch

für ein späteres Gesetz revokabel sein müßte. Dem ist aber keineswegs so. Es ist bereits bemerkt, daß die Geburt zwar für das Kind selbst nur ein Erzeugt *sein*, ein Ereignis, für die Eltern aber eine Erzeugung und also eine freie *Handlung* darstellt. Was hierbei somit ein *Sein* seitens des Kindes ist, ist ein *Wollen* und *Tun* seitens der Eltern, und vermöge der in dem Familienrecht vorhandenen unmittelbaren *Willensidentität der Personen* sind daher die für das Kind an das *Sein* geknüpften gesetzlichen Rechte zugleich als durch seine individuelle *Willensaktion* vermittelte vorhanden.

Es erhellt von selbst, wie ebenso die Entlassung aus der väterlichen Gewalt durch den Vater, die anscheinend gleichfalls nur ein aus der Handlung eines Dritten fließendes Recht darstellt, wegen dieser unmittelbaren Willensidentität als die identische Willensaktion des Kindes angesehen werden muß, und daher weder durch einen späteren Willen des Vaters, noch durch ein späteres Gesetz, noch durch ein solches mit Zustimmung des Vaters widerrufen werden kann.

An die auf derselben ideellen Grundlage beruhende Lehre von der Personenrepräsentation ist bereits erinnert worden.

Was daher von dem Kinde oder dem Sklaven dem Paterfamilias einmal erworben worden ist, kann ihm, obwohl es zunächst als ein aus der Handlung eines Dritten und somit aus dem *Gesetz* ihm zufließender Erwerb erscheinen könnte, dennoch durch kein Gesetz, welches Sklaverei, väterliche Gewalt usw. ganz abschafft oder aber jene Repräsentation aufhebt, rückwirkend entzogen werden, weil es vermöge derselben als durch seine eigenen individuellen Handlungen erworben gilt.

B. Ungewollte Handlungen, dolus, Zwang, echter und unechter Irrtum, ignorantia juris et facti. Die ädilizischen Klagen und Kondiktionen[1]).

a) Rechte, welche zwar nicht aus Handlungen dritter Personen, aber auch nicht aus den eigenen Handlungen, sondern vielmehr gegen dieselben vom Gesetze

---

[1]) Die hier sub B vorliegende Ausführung über Handlungen aus mangelndem Willen, Zwang, Betrug und Irrtum im Beweggrunde kann zunächst als ganz überflüssig erscheinen, da ja Gesetze hierüber das Individuum immer nur durch Vermittlung einer individuellen Handlung berühren können, die Rückwirkung derselben also schon durch das im § 1 formulierte Prinzip ausgeschlossen ist. Allein da in allen den genannten Fällen Wille und Handlung sich spalten und der Wille des Individuums seiner äußeren Handlung entgegensteht, andererseits aber nach der hier entwickelten Theorie Rechte dem Individuum nur durch seine Willensaktion erworben werden können, so würde man es gerade bei einer solchen tieferen Betrachtung für einen inneren Widerspruch in der Theorie halten können, daß dem Individuum hier Rechte durch seine gerade nicht gewollte, nur äußerliche Handlung erworben werden sollen. Denn dann wäre nicht der Wille das erwerbende Moment, und daher eigentlich nicht abzusehen, woraus das Erworbensein bei der gegenwärtigen Theorie eigentlich fließen sollte. Würde man also auch zugeben, daß auf durch Zwang, Betrug und Irrtum hervorgerufene Handlungen durch spätere Gesetze nicht eingewirkt werden kann — obgleich auch hierüber verschiedene Meinungen bei den Autoren herrschen —, und würde man auch weiter zugeben müssen, daß dies auch durch die Formel unseres Prinzipes allerdings äußerlich bestimmt werde, so würde man doch dies Zusammentreffen für ein nur äußerliches und gerade im Widerspruch zu der inneren Bedeutung der Theorie vorhandenes betrachten können. — Sollte es also ernst genommen werden mit den Anforderungen, die man für eine Theorie stellen muß, so müßte auch dieser Schein beseitigt und gezeigt werden, wie es in der Tat nicht die äußere Handlung des Individuums, sondern vielmehr die innere Wil-

gegeben werden und daher lediglich aus diesem zu entspringen scheinen, können sich bei näherer Betrachtung als auf dem Dasein der individuellen Willensfreiheit beruhend und als durch sie vermittelt erweisen, und können dann in strenger Konsequenz des obigen Begriffes durch spätere Gesetze nicht abgeändert werden.

Dies tritt ein bei der Nichtigkeit, welche Gesetze über Willenshandlungen wegen mangelnden Willens (Irrtum in der Person, error in corpore, error in substantia) aussprechen. Es ist im Falle eines solchen Vertrages ein anderes gewollt, ein anderes getan worden. Seine äußere Handlung würde freilich dem Individuum kein Recht auf die Nichtigkeit des Vertrages, sondern nur auf

---

lensaktion desselben ist, welche ihm dies Recht und zwar gerade gegen seine äußere Handlung erwirbt. Freilich war hierzu erforderlich, die gegenwärtig über Zwang, Betrug und Irrtum herrschenden irrigen Ansichten zu beseitigen, was wiederum nur durch eine, wenn auch möglichst knappe organische Entwicklung dieser Lehre aus dem Willensbegriff heraus erreicht werden konnte. — Ferner war aber diese Entwicklung aus dem Inneren der Theorie auch deshalb ganz erforderlich, um zu erklären, daß und warum auch auf die irrtümlichen oder unfreien Unterlassungen (s. C.) spätere Gesetze nicht zurückwirken könnten. Denn hier würde, wenn wir uns hätten mit dem bloß äußeren Zutreffen der Formel begnügen wollen, nicht einmal dieses Zutreffen derselben vorliegen, da bei Unterlassungen nicht einmal die äußere individuelle Handlung da sein würde, durch welche die Einwirkung neuer Gesetze ausgeschlossen wäre. Endlich aber war die Entwicklung auch noch deshalb notwendig, um zu zeigen, warum ohne jede innere Inkonsequenz für die durch dolus hervorgerufenen Handlungen trotz der deliktartigen Natur des dolus ein anderes gelten müsse, als das Gesetz, was sich uns später bei den Obligationen aus Delikten ergeben wird.

seine Aufrechterhaltung geben können. Aber die derselben entgegenstehende innere Willensaktion gibt ihm ein solches gegen die Handlung als eine ungewollte. Wenn man daher ein späteres, das Vorhandensein eines solchen error in substantia etc. einschränkendes Gesetz auf einen früheren Vertrag anwenden wollte, so würde hierdurch die Rückwirkung eintreten, daß ein vom Individuum Nichtgewolltes ihm nachträglich durch das spätere Gesetz in ein Gewolltes verkehrt und befestigt würde.

b) Analoger Natur sind die Rechte, welche scheinbar aus den Handlungen dritter Personen, und somit aus dem Gesetz, dem Individuum entspringen, ihm in der Tat aber gleichfalls durch die Wirkung seiner eigenen Willensfreiheit vermittelt sind.

Hierher gehört zunächst die vom Gesetz gegebene Klage, Einrede oder Restitution wegen Zwanges[1]).

---

[1]) Savigny hat im dritten Bande seines Systemes (und Beilage VIII daselbst) mit großem Scharfsinn der Lehre vom Zwang, Betrug und Irrtum eine Gestalt gegeben, welche durch ihn zur herrschenden Ansicht geworden ist. Indem er richtig nachwies, daß der faktische Irrtum im Beweggrund nicht überall, sondern nur in bestimmten Fällen helfe, kam er zu dem irrigen Resultate, nur in der unabsichtlichen Willenserklärung einen mangelnden Willen zu erblicken, aber selbst in jenen Fällen, wo der Irrtum hilft, dies nicht als einen Ausfluß mangelnden Willens, sondern als eine äußere Billigkeit anzusehen, und ferner ebenso Zwang und Betrug nicht als das Dasein des freien Willens aufhebend, sondern die dagegen gegebenen Rechtsmittel als einen bloß positiven Rechtsschutz gegen Unsittlichkeit aufzufassen. Auch ist diese seine Lehre in allen ihren Teilen allgemein angenommen worden, z. B. von Puchta, Vangerow, auch Böcking usw. Gleichwohl müssen wir uns gegen dieselbe mit Ausnahme des vorhin als richtig bezeichneten Punktes — dessen innere Bewandtnis sich später herausstellen wird — mit voller Bestimmtheit er-

Wird ein Individuum zu einem Akte gezwungen, so scheint derselbe zunächst dennoch als eine Äußerung seines Willens gelten zu können. Denn das Individuum konnte sich dem Zwange widersetzen oder das Angedrohte erdulden. Der Zwang kann hiernach somit als ein bloßes Motiv des Willens, nicht als seine Ausschließung, erscheinen (coactus volui)[1].

heben und sie als eine solche bezeichnen, welche lediglich der Verkennung des Willensbegriffes entflossen ist. In bezug auf Zwang und Betrug würde sich die Ansicht Savignys schon durch die kurze Bemerkung widerlegen lassen, daß Unsittlichkeit im Gebiete des Willens gar nichts anderes heißt als: Aufhebung seiner Freiheit und eine andere Art von Unsittlichkeit gegen den Willen gar nicht existiert. Die wahre Widerlegung jedoch kann nur durch die organische und konstruktive Darstellung gegeben werden, welche, von nichts als dem Willensbegriff beginnend, alle jene Rechtsinstitute mit ihren Ausnahmen und Einzelheiten als notwendige Folgen des Willensbegriffes zu entwickeln und sie so in denselben aufzulösen vermag. Nicht also in den Bemerkungen, in welchen wir hin und wieder, obwohl so selten als möglich, auf Savigny ausdrücklich kritisch Bezug nehmen werden, sondern vielmehr in der nachfolgenden objektiven Darstellung erblicken wir seine wahrhafte Widerlegung.

[1]) L. 21, § 5 quod metus (4, 2): Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si *liberum* esset, *noluissem, tamen coactus volui;* sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuitur. Es wird also immerhin selbst bei dieser Auffassung Restitution gegen die Handlung erteilt. — Gewiß aber kann nicht mit Savigny (III, 103) hierher bezogen werden die L. 22 de ritu nupt. (23, 2): Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur. Der Grund muß aus dem Obigen in Verbindung mit dem sub A Gesagten klar sein. Denn wenn der Vater auch hierzu kein Recht hat (L. 21, ib.), so läßt es doch die in der Familie herrschende Identität, verbunden mit

Bei der richtigen Erfassung des Begriffes des freien Willens verhält es sich aber damit folgendermaßen.

Der Begriff des Willens ist: individuelle Selbstbestimmung. Diese Selbstbestimmung hat aber aufgehört, wenn ein zweites Individuum, in rechtswidriger[1]) Weise in dieselbe eingreifend, das erste aus einem sich selbst bestimmenden Selbst in ein durch fremden Willen bestimmtwerdendes verwandelt. — Ist dagegen die Furcht nicht durch eine fremde Drohung hervorgerufen, sondern aus dem eigenen Denken des handelnden Individuums hervorgegangen, so ist jetzt ersichtlich, warum sie keine die Willensfreiheit aufhebende und somit auch keine den Vertrag entkräftende Wirkung haben kann. Denn als durch die eigene Denkoperation des Individuums gesetzt, erscheint sie als seine eigene willkürliche Selbstbestimmung und wird darum zum gleichgültigen Motiv derselben[2]). So-

---

dem auch hierbei dem Vater zustehenden Autorisationsrecht, zu keinem solchen Gegensatz kommen, daß ein Bestimmtsein eines fremden Selbst durch ein fremdes Selbst und also ein Zwang vorläge.

[1]) Also nicht dadurch, daß ich mich an die eigene Vernunft des Individuums, also doch nur an seine Selbstbestimmung wende, durch Belehrung, Überzeugung usw., und ebensowenig durch eine unerhebliche oder unwahrscheinliche Drohung, weil eine solche schon durch die bloße Vernunft des Individuums — und diese wird beim Zwange ja unberührt gelassen — der die Selbstbestimmung aufhebenden Einwirkung entkleidet wird.

[2]) Wenn also Savigny (III, 108), um zu beweisen, daß der Zwang die Willensfreiheit nicht aufhebt, sagt: „Wenn die Freiheit durch Furcht ausgeschlossen würde, so müßte es ganz gleichgültig sein, ob diese Furcht durch das bloße Denken des Fürchtenden allein, oder durch fremde Drohung entstanden wäre, da in beiden Fällen der Seelenzustand des Fürchtenden

weit also ein Gesetz Rechtsmittel gegen die durch erlittenen Zwang hervorgerufenen Akte an die Hand gibt[1]), so weit beruhen dieselben allerdings auf der Auffassung des Gesetzes vom Dasein der individuellen Willensfreiheit.

---

derselbe ist," so zeigt sich dieser Trugschluß als auf einer gänzlichen Verkennung des formellen Willensbegriffes, der nur der der individuellen Selbstbestimmung ist, beruhend.

[1]) Die formelle Verschiedenheit der sehr mannigfaltigen dagegen gegebenen Rechtsmittel zu untersuchen, liegt natürlich außer dem Kreis der hier möglichen Betrachtung. Nur so viel mag hier im allgemeinen sowohl für Zwang als Betrug bemerkt werden, daß die Verschiedenheit dieser Rechtsmittel niemals ihren Grundcharakter aufhebt, Ausflüsse der gesetzlichen Anschauung mangelnder Willensfreiheit, i. e. mangelnder Selbstbestimmung, im erzwungenen oder durch Betrug entstandenen Vertrag zu sein. Wenn der durch wesentlichen Irrtum (mangelnden Willen) entstandene Vertrag ipso jure nichtig ist, der durch Zwang und Betrug hervorgerufene aber nicht, hier vielmehr zur Umstoßung desselben eine besondere Klage auf Reszission angestellt werden muß, so kann das auf den ersten Blick dafür zu sprechen und daher zu kommen scheinen, daß das römische Recht keine mangelnde Willensfreiheit in dem durch Zwang oder Betrug hervorgerufenen Vertrag erblickt, hier vielmehr durch eine besondere positive Handlung jene freiwillige Vertragshandlung erst beseitigt werden muß. Dieser täuschende Schein muß aber bei näherer Betrachtung verschwinden. Denn da ich dem durch Betrug oder Zwang entstandenen Vertrag, wo dies für meinen praktischen Zweck hinreicht, auch mit der bloßen *exceptio* doli etc. begegnen kann, so ist hierin bewiesen, daß ich ihn, auch ohne ihn durch Umstoßung äußerlich zu beseitigen, als einen für mich nicht vorhandenen behandeln kann. Der wirkliche Grund, weshalb bei mangelndem Konsens der Vertrag schlechthin nichtig ist, bei Zwang und Betrug aber nicht, und hier seine Umstoßung erst durch die Reszissionsklage erfolgt, ist vielmehr ein gerade dem Begriffe von der Willensfreiheit entflossener und zwar folgender: bei mangelndem Konsens liegt ein gegenseitiges

Es liegt somit bei einer nach den gesetzlichen Requisiten zur Zeit der Handlung erzwungenen Willensäußerung kein sich selbstbestimmender und somit ein unfreier, kein wahrhafter Wille vor. Wenn dies der theoretische Ausdruck der Sache ist, so kann sie praktisch so ausgedrückt werden: Der Gezwungene hat nicht die Handlung begehen, sondern sich nur durch den Schein derselben der angedrohten Gefahr entziehen wollen, auf die ihn restituierenden Gesetze rechnend (. . . timore coactus *fallens* adierit

---

Mißverstehen und daher von beiden Seiten kein Wille vor. Dieser Vertrag muß daher plane nichtig sein. Bei dem durch Zwang oder Betrug entstandenen Vertrag dagegen liegt seitens des Betrügers usw. eine überall durch seine eigene Selbstbestimmung gesetzte Handlung vor. Für ihn muß dieselbe daher als Dasein seiner Willensfreiheit schlechthin verbindlich bleiben, wenn der Betrogene durch geänderte Umstände hieran Interesse hat. Und nur diesem kann es, da nur seine Selbstbestimmung aufgehoben worden ist, zustehen, den so entstandenen Vertrag als nicht vorhanden anzusehen (exceptio) oder auch äußerlich durch Reszissionsklage umzustoßen. Wird also der Begriff der Willensfreiheit bestimmt, als der der individuellen Selbstbestimmung, gefaßt, so erfordert er gerade diese verschiedene Behandlung des Falles. — Wohl aber liegt darin, daß der Betrogene oder Gezwungene nicht zu einer Klage auf Schadloshaltung gegen die unsittliche Handlung des anderen genötigt ist (actio doli etc.), diese vielmehr nur subsidiarisch hat, und vor allem mit der gewöhnlichen Kontraktsklage auf Umstoßung des ganzen Geschäftes klagen kann (L. 11, § 5, de act. emt. vent.; L. 5, 8, 10 C. de resc. vend.; L. 10 C. de distr. pign.; L. 23 loc. cond. etc.), ein sehr starker Beweis dafür, daß hier nicht von einer durch positive Gesetze eingeführten Abwehr eines aus der positiven unsittlichen Handlung eines Dritten entspringenden Schadens, sondern von einer durch ihre eigene Willenlosigkeit vermittelten Unwirksamkeit der eigenen Handlung des Individuums die Rede ist.

hereditatem)[1]. Die Anwendung späterer die Requisite des Zwanges erschwerender Gesetze würde daher wie bei B. a. ein vom Individuum Ungewolltes und durch seine freie Selbstbestimmung Widerrufliches in ein Gewolltes befestigt werden.

c) Analog verhält es sich mit den wegen dolus gegebenen Rechtsmitteln, sei es, daß diese in Klagen, Einrede oder Restitution bestehen.

Der Betrug besteht darin, daß in dem handelnden Individuum von einem anderen absichtlich ein Irrtum in bezug auf eine seinen Willen bestimmende Tatsache hervorgebracht wird. Zunächst kann wiederum die so erregte falsche Vorstellung als ein bloßes *Motiv* des Willens und als somit das *Dasein* eines freien Willens selbst nicht antastend erscheinen.

Und dies würde im allgemeinen wirklich der Fall sein, wenn die falsche Vorstellung nicht durch die andere Person erregt worden ist, wenn also Irrtum, nicht Betrug, vorliegt[2].

Wo aber durch ein *anderes* Subjekt ein falsches Bewußtsein in dem Individuum herbeigeführt wurde, da ist es von jenem an der Wurzel seines Willens, dem *Wissen*, gefaßt (s. oben S. 121 fg.) und aus einem *Sichselbstbestimmenden* in ein von dem anderen Subjekte unfrei *Bestimmtseiendes* herabgesetzt, und *diesem* gegenüber also von einer Willensfreiheit des Handelnden nicht mehr die Rede[3].

---

[1]) L. 6, § 7, de adquir. vel omitt. her. (29, 2).

[2]) Parallel wie oben beim Verhältnis der bloßen Furcht zum Zwang.

[3]) Wohl aber leitet sich *ein* Unterschied zwischen Betrug und Zwang sofort aus der obigen Begriffsbestimmung ab. Beim Betruge ist die eigene Selbstbestimmung dadurch aufgehoben

Alle wegen dolus gegebenen Rechtsmittel, auch die Restitutionen, können daher aus demselben Grunde wie bei a und b lediglich nach den zur Zeit der durch den dolus hervorgerufenen Handlung geltenden Gesetzen beurteilt

---

worden, daß nicht der Wille unmittelbar, sondern das denselben bestimmende Wissen — und erst hierdurch der Wille selbst — durch die falsche Vorspiegelung von dem fremden Subjekt zu einem durch seine Willkür bestimmten herabgesetzt worden ist. Indem sich die Einwirkung hier also nicht unmittelbar auf den Willen wandte, kann es erscheinen in der Freiheit des Individuums gestanden zu haben, durch einen bloßen Akt seines Willens (sorgfältigere Untersuchung) den das Wissen täuschenden falschen Schein zu beseitigen. Daß dies nicht geschah, kann als die eigene Willkür des die Täuschung seines Bewußtseins zulassenden Individuums erscheinen. Wird daher die Anschauung der Willensfreiheit in konsequentester Sprödigkeit schlechthin nur in das Dasein eigener Willkür gesetzt und dies so weit festgehalten, daß auch das Nichtwissen, sofern es nur auf eigener Willkür beruht, als ein gültiges Dasein persönlicher Willkür und Selbstbestimmung erscheint —, so wird in bezug auf den durch Betrug hervorgerufenen Vertrag ein Doppeltes eintreten müssen. Er wird gültig und ungültig zugleich sein. Den am Betruge schuldlosen Kontrahenten gegenüber wird der Vertrag als gültig erscheinen, weil ihnen gegenüber die individuelle Selbstbestimmung des Handelnden nicht aufgehoben war, in bezug auf sie vielmehr der Vertrag durch des Handelnden eigene und durch sie nicht hervorgerufene Willkür, sein Wissen irreleiten zu lassen, gesetzt erscheint. In bezug auf den Betrüger aber muß er ungültig sein, weil ihm gegenüber die Handlung nach ihrer im Text entwickelten objektiven Natur zu betrachten ist als eine durch die Bestimmung des fremden Selbst gesetzte Bestimmtheit, nicht Selbstbestimmung des Individuums. D. h. also: der Betrug wirkt nur *in personam*, nicht *in rem*. Man kann dies in einer später klarer werdenden Analogie mit einer nachfolgenden Erörterung auch so ausdrücken: Der bei dem Betrug obwaltende Irrtum wird dem Betrüger gegenüber zu einem

werden. Wir sagen: zur Zeit der hervorgerufenen Handlung, nicht: zur Zeit des verübten *dolus*. Denn beim dolus ist sehr gut denkbar, daß er selbst und die Handlung, die er zur Folge hat, zeitlich auseinander-

---

unverschuldeten, dem dritten schuldlosen Kontrahenten gegenüber aber zu dem verhältnismäßig verschuldeten sich haben irreführen zu lassen. — Allein diese negative Selbstbestimmung gewährt doch nur den Schein einer wirklichen Selbstbestimmung, oder richtiger, wie sich schon aus genauer Betrachtung des Gesagten überall ergibt, diese Selbstbestimmung ist keine reale, sondern nur eine relative. Nur im Vergleich seines Verhältnisses zum Betrüger selbst mit seinem Verhältnis zum schuldlosen Kontrahenten ist sie bei dem Betrogenen, diesem schuldlosen Kontrahenten gegenüber, vorhanden. Denn bloß für sich betrachtet, erscheint die Handlung nur als nicht selbstbestimmt und also nicht gewollt; nur in der relativen vergleichenden Inbezugsetzung ihrer auf die Person des Betrügers im Verhältnis mit ihrer Beziehung auf die Person des schuldlosen Kontrahenten und seiner gar nicht vorhandenen Einwirkung, also nur durch diese Relativität und Unterscheidung, wird die Handlung letzterem gegenüber zu einer relativ selbstbestimmten. Fällt aber der Schwerpunkt dieser persönlichen Relativität, indem der Betrüger rechtlich nicht mehr in Betracht gezogen werden kann, überhaupt fort, d. h. wird der Betrüger zahlungsunfähig, so muß der für sich seiende objektive Charakter der Handlung wieder zum Vorschein kommen, und das in diesem Falle von dem Eingreifen der materiellen Rechtsidee (aequitas) in den Rechtsformalismus (jus) gegebene Rechtsmittel der Restitution muß dann, auch dem schuldlosen Kontrahenten gegenüber wirkend, auch beim dolus eine actio in rem erzeugen (L. 3, § 1, de eo per quem factum etc., 2, 10).

Beim Zwang ist, wie auf der Hand liegt, für alle diese Unterscheidungen gar kein Raum vorhanden. Denn die Drohung, d. h. die angedrohte Gefahr, konnte das Individuum nicht wie die Täuschung durch einen Willensakt abwehren. Wo dies der Fall wäre, würde nur unerhebliche Drohung oder Drohung einer ungegründeten Gefahr, also gar kein gesetz-

fallen, so daß in der Zwischenzeit ein Gesetzwechsel stattgefunden haben kann. Daß es aber dann nur auf die Gesetze zur Zeit der Handlung ankommen kann[1]), ergibt

licher Zwang vorliegen. Der Zwang also wirkt deshalb stets in rem (L. 14, § 3, quod metus causa, 4, 2; L. 4, § 33, de doli mali et met. exc. 44, 4; L. 3, 5 Cod. de his quae vi metusve causa, 2, 20), nicht um seiner größeren Gefährlichkeit willen, wie Savigny (S. 117) meint, die wegen der größeren Häufigkeit und Leichtigkeit des Betruges sehr problematisch erscheinen kann und womit sich auch die gerade der actio doli zugeschriebene Entehrung schlecht verträgt, sondern um des angegebenen dialektischen Unterschiedes willen, der nur beim Betrug und nicht beim Zwang platzgreift.

[1]) Hieran wird niemand zweifeln wollen, und dennoch würde dies schwerlich möglich sein können nach Savignys Theorie vom dolus, nach welcher die gegen dolus und Zwang gegebenen Rechtsmittel nicht dem Dasein der Willensfreiheit entfließen, sondern nur ein positiver äußerer Rechtsschutz gegen Unsittlichkeit sind. Wäre dies der Fall, so könnten die späteren Gesetze zur Zeit der durch dolus bewirkten Handlung, namentlich wenn sie mehr oder wirksamere Mittel zur Aufhebung der Handlung an die Hand geben, als die Gesetze zur Zeit des verübten dolus, auch dem Verüber des dolus selbst gegenüber nicht in Anwendung kommen, weil sie dann nach Art der Selbstbestimmungen aufzufassen wären und also nicht rückwirken könnten, der Verüber des dolus auch behaupten könnte, daß seiner, wenn auch dolosen Handlung die Wirksamkeit verbleiben müßte, deren sie nach den Gesetzen zur Zeit derselben fähig war.

Und umgekehrt könnten dann infolge der bisherigen Ansicht, nach welcher die Obligationen aus Delikten stets nach den zur Zeit des Deliktes geltenden Gesetzen zu beurteilen sind, die in der Zwischenzeit zwischen dem dolus und der infolge desselben eingetretenen Handlung erlassenen, den Schutz gegen dolus vermindernden Gesetze gleichfalls nicht zur Anwendung kommen wegen der deliktartigen Natur des dolus. — Können gleichwohl nur die Gesetze zur Zeit der durch den dolus erwirkten Hand-

sich daraus, daß erst bei der Handlung durch die von derselben verschieden gedachte wahrhafte Willensaktion des Betrogenen ihm die Rechtsmittel gegen sein äußeres unfreies Tun erworben sind [1]).

—

lung, nicht die Gesetze zur Zeit des dolus platzgreifen, so ist das eine sehr deutliche praktische Bestätigung, daß die Ungültigkeit nicht Wirkung eines äußeren positiven Rechtsschutzes gegen Unsittlichkeit, sondern durch die bei der Handlung nicht vorhandene Willensfreiheit gesetzt ist.

[1]) Erst bei der obigen Analyse ist nun in einer wahrhaft konsequenten und befriedigenden Weise ersichtlich, warum auch die Restitutionen wegen Zwang und Betrug — und nicht sie allein, sondern überhaupt alle Restitutionen — wahrhaft erworbene Rechte bilden; denn alle Restitutionen, sowohl auch noch die wegen Irrtums, Minderjährigkeit und Abwesenheit, als auch die antiquierten wegen capitis diminutio und wegen alienatio judicii mutandi causa facta lösen sich, wie von der Restitution wegen Irrtums aus der nachfolgenden Betrachtung desselben sich ergibt, von den anderen aber hier zu zeigen nicht der Ort ist — übrigens auch nunmehr von selbst auf der Hand liegt —, in die Grundidee der individuellen Willensfreiheit auf, die weder durch die eigene, noch durch die fremde ungewollte Handlung angetastet werden könne. Wird dies nicht so aufgefaßt, so ist in der Tat kein wirklich durchgreifender Grund vorhanden gegen die oft geäußerte Ansicht, daß die Restitution bloße Gnadensache sei und es ein auf sie zustehendes Recht nicht gebe; vgl. Burchardi, Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 7, 20, 40, 41 (Göttingen 1831), und Meyer, Principes sur les questions transitoires, S. 183 (Amsterdam 1813). Es ist daher nur konsequent, wenn Meyer, weil das Recht auf Restitution nicht dem Kontrakt selbst inhärent sei, und ebenso Weber (Rückanwendung positiver Gesetze, 1811, S. 54) ein die Restitutionen abschaffendes Gesetz auch auf die älteren Kontrakte einwirken läßt. Wenn Savigny (VIII, 443 fg.) die Statthaftigkeit hiervon leugnet und die Restitution für ein „wahres, erworbenes Recht" erklärt, das von dem Recht auf eine Klage oder Einrede „nur

d) Seine wirkliche Aufklärung empfängt dies Gebiet aber erst, wenn nach der Gültigkeit des einfachen Irrtums, sowie danach gefragt wird,

---

wenig in der Form verschieden sei," so ist dies zwar richtig, steht aber innerlich in einem nicht lösbaren Widerspruch mit seiner Auffassung von Zwang, Betrug und Irrtum als bloß äußerer, in der Willensfreiheit nicht wurzelnder, positiver Rechtswohltaten, ohne daß seine Ausführung von der Restitution als eines objektiven Gnadenaktes (VII, 117) hierin etwas ändert. Denn wie Savigny hier selbst sagt, soll auch bei Verbrechern die „rechte Begnadigung" eine solche objektive sein, die nur dann eintritt, „wo von einem höheren Standpunkt aus die strenge Anwendung des Gesetzes als Unrecht erscheinen würde, mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles." Und doch würde es wohl niemand einfallen, wenn heute die Gnadenbefugnis abgeschafft würde, zu behaupten, daß in bezug auf die schon begangenen (noch nicht begnadigten) Verbrechen den Tätern ein Recht auf die Fortdauer jener Befugnis zustände. Savignys richtiges juristisches Gefühl steht also hier mit seiner Theorie im offenen Widerspruch und zeigt nur, daß in derselben die wahre innerliche Wurzel der Restitutionen wegen Zwang, Betrug und Irrtum usw. verkannt wird. — Wenn Meyer (a. a. O., S. 185) die sofortige Einwirkung eines die Restitutionen überhaupt abschaffenden Gesetzes auch damit begründet, daß dann ja gar keine Prozedurform für dieselben gesetzlich gegeben sei, so würde Savigny aus seiner Theorie über die Rückwirkung heraus dies um so weniger widerlegen können, als vielmehr nach derselben in diesem Falle ja die Aufhebung eines ganzen Rechtsinstitutes vorläge und somit allerdings nach ihm die aufhebenden Gesetze rückwirken müßten. Er befindet sich also auch hierbei, durch sein richtigeres Gefühl, wie im Widerspruch mit seiner Theorie vom Zwang, Betrug und den Restitutionen, so auch im Widerspruch mit seiner Theorie von der Rückwirkung.

Wenn Weber endlich sogar a. a. O. ein die Restitution einführendes oder erweiterndes Gesetz auf frühere Verträge anwenden will, so erledigt sich dies schon durch die einfache Be-

wie nach dem Vorigen dennoch Willensfreiheit bei demselben vorhanden sein könne.

Wenn die Hervorbringung einer falschen Vorstellung über die den Willen bestimmende Tatsache im Handelnden die Willensfreiheit ausschließt, warum schließt die unabhängig von einem Dritten in ihm vorhandene falsche Vorstellung seine Willensfreiheit nicht aus? Es muß hier zuvörderst an den oben (S. 169) gegebenen Begriff erinnert werden: Willensfreiheit ist individuelle Selbstbestimmung. Jede falsche Vorstellung also, wenn sie die eigene Tätigkeit des Subjektes ist, erscheint somit als ein Akt seiner Freiheit, und zwar gerade als die Gewähr seiner unbeschränkten willkürlichen Freiheit, nicht als die Aufhebung derselben.

Denn wir befinden uns hier ja in dem Gebiete der formellen Freiheit oder der Privatwillkür, wo auch der willkürliche Wille seine volle Gültigkeit hat. Das Subjekt ist hier nicht gezwungen, das Wahre zu wissen und zu wollen. Es hat auch das formell-willkürliche Recht sich um die Wahrheit nicht zu bekümmern, die Objektivität nicht zu untersuchen und sein Bewußtsein mit ihr nicht in Übereinstimmung zu setzen. Diese Sorglosigkeit ist also eine ihm zustehende Selbstbestimmung des Individuums, und deshalb ist die falsche Vorstellung, die es selbst sich bildet, weil eigene Tätigkeit seines Geistes, auch als seine individuelle Selbstbestimmung und somit als Dasein seines freien Willens aufzufassen. Hiermit ist also nachgewiesen, wie, wenn ein anderes Subjekt rechtswidrig bestimmend in den Willen des Individuums eingreift (Betrug und Zwang), von dem

---

trachtung, daß dann seitens des anderen Kontrahenten der Fall vorläge, daß spätere Gesetze auf seine frühere individuelle Handlung verändernd einwirken.

Dasein eines freien Willens des letzteren nicht mehr die Rede sein kann, während die selbst produzierte falsche Vorstellung vielmehr ein Dasein individueller Selbstbestimmung ist und daher als solche den freien Willen noch nicht aufhebt.

Vergleichen wir die bei einer Willenshandlung konkurrierende falsche Vorstellung mit dem oben (B. a.) betrachteten Falle des mangelnden Willens, so ist zunächst der Unterschied folgender: dort ist der obwaltende Irrtum derart, daß der Inhalt des Wollens selbst und der Inhalt des Tuns auseinanderfallen und andere gegeneinander sind, wonach also eine ungewollte äußere Handlung vorliegt, die um des nicht vorhandenen Willens halber kein gültiges Dasein hat, wie z. B. wenn ich eine andere Person heiraten wollte und eine andere geheiratet habe, oder wenn ich Wein kaufen wollte und Essig gekauft habe [1]).

Anders wenn ich einer Person etwas schenkte, um sie für irrigerweise vorausgesetzte Dienste, die sie mir in der Tat nicht erwies, zu belohnen [2]), oder wenn ich eine Sache um ihres irrigerweise von mir angenommenen Wertes willen kaufte und sie diesen Wert nicht hat; denn hier wollte ich eine bestimmte Person beschenken und eine bestimmte Sache kaufen, und habe diese bestimmte Person beschenkt und diese bestimmte Sache gekauft. Wollen und Tun waren hier also identisch, und nur der Beweggrund, der zum Wollen antrieb, war ein irriger.

Hieraus hat man also die Regel entwickelt, nur auf den Inhalt des Willens und ob er mit dem Tun identisch sei, nicht auf den Beweggrund des Willens käme es an.

---

[1]) L. 9, de contr. emt. (18, 1).

[2]) L. 65, § 2, de cond. indeb. (12, 6).

Dies ist zwar, wie wir soeben sahen, von einer gewissen Richtigkeit. Allein es darf hierbei nicht stehen geblieben werden. Es muß vielmehr sofort weiter gegangen und gesagt werden: die Beweggründe können zu dem Inhalt des Willens in einem solchen Verhältnisse stehen, daß sie ihn decken und mit ihm identisch sind — in welchem Falle dann bei einem Irrtum in den Beweggründen zu einer Handlung ein mangelnder Wille zur Handlung selbst vorliegt —; sie können aber auch als ihn nicht deckend und mit ihm nicht identisch erscheinen. Mit anderen Worten: die Beweggründe — und ihre die Entschließung entscheidende Einwirkung — stehen in einem rein *quantitativen* Verhältnis zum Willen selbst.

Hieraus entspringt erstens, daß, was ein Irrtum in den Beweggründen ist, auch als ein Irrtum in dem Inhalt des Willens — in der vollzogenen Handlung — sich darstellen kann, sowie umgekehrt auch was als ein Irrtum im Inhalt des Willens ausgedrückt werden kann, wieder nur als ein bloßer Irrtum in den Beweggründen erscheint, oder daß der unechte Irrtum (wie Savigny den error in persona, in corpore und in substantia zusammenfaßt) und der echte Irrtum, soweit ihn nämlich das Gesetz als wirksam anerkennt, eine durchaus ineinander übergehende Natur haben.

Dies zeigt sich z. B., um zuvörderst den echten Irrtum zu betrachten, bei den vorausgesetzten Eigenschaften, um derentwillen ich einen Gegenstand kaufe. Außer in sehr wenigen Fällen ist im Römischen Recht der Irrtum in den Eigenschaften wirkungslos, weil er als bloßer Irrtum im Beweggrund gedacht wird. Kaufe ich aber eine Sklavin statt eines Sklaven, so soll (auch ohne Verschulden des Verkäufers) der Irrtum wirksam, und zwar ein echter,

wesentlicher Irrtum sein[1]). Der Grund soll, wie Savigny mit Recht angibt, darin liegen, daß, weil Sklavinnen nur zur häuslichen Arbeit, Sklaven aber zur Feldarbeit und Fabriken benutzt werden konnten, hier nicht ein bloßer Irrtum im Beweggrund, sondern durch die ganz verschiedene Benutzungsart ein Irrtum in der gekauften Sache selbst vorliegen soll[2]). Es läßt sich in der Tat sagen, daß ich hier eine ganz andere Nutzbarkeit gekauft habe, als ich kaufen wollte. Allein einerseits stellt die Benutzungsart doch wiederum nur einen Beweggrund des Kaufens dar, und andererseits, wenn ich umgeschlagenen Wein statt guten kaufe, so liegt kein wirksamer Irrtum vor[3]), und doch ist der Unterschied in der Benutzungsart und somit in der Sache hier, da umgeschlagener Wein höchstens zum Kochen verbrauchbar oder gar nicht verbrauchbar sein wird, noch weit größer als bei Sklaven und Sklavinnen.

Wenn Sejus mir ein Darlehen gibt, von dem ich glaube, daß es von Gajus kommt, so entsteht keine Darlehensobligation (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest)[4]). Hierin wird vielmehr mit Recht ein Irrtum in der Person, d. h. ein unechter Irrtum, ein mangelnder Wille erblickt (siehe Savigny, III, 270). In der Tat wollte ich mit dieser Person gar nicht kontrahieren. Das Geld aber kann Sejus doch nur mit einer für den Irrtum im Beweggrund gegebenen Klage, mit einer condictio ob causam datorum wiederfordern (der Iuventiana condictio). In der Tat hat Sejus nur einen Irrtum im Beweggrund begangen und nur um dessentwillen kann er überhaupt zu-

---

[1]) L. 11, § 1, de contr. emt. (18, 1).
[2]) Savigny, a. a. O., III, 282.
[3]) L. 9, § 2, de contr. emt. (18, 1).
[4]) L. 32, de reb. cred. (12, 1).

rückfordern; denn er kann das Geld, dessen er sich freiwillig entäußert hat, nur zurückfordern, weil bei dieser Entäußerung sein Beweggrund nicht der war, mir zu schenken, sondern der, mir zu leihen.

Die Fälle, in welchen Anfechtungsklagen wegen eines irrigen Beweggrundes gegen ein Rechtsgeschäft gegeben sind — die ädilizischen Klagen und die Kondiktionen —, sollen als rein positive Ausnahmen erscheinen[1]). Die ädilizischen Edikte verfügen, daß der Käufer von Sklaven und Vieh bei gewissen, nicht in die Augen fallenden Fehlern (vitium und morbus) auch gegen den venditor ignorans den Kauf aufheben könne, und dies wurde später auf alle Arten von Sachen, bewegliche wie unbewegliche, ausgedehnt. So kann also z. B. ein Sklave, dessen Gewohnheit es ist, seinem Herrn zu entfliehen oder auch nur umherzulaufen (fugitivus errove), oder ein krankes Tier von dem Käufer zurückgegeben werden. Aber es liegt auf der Hand, daß dieser Irrtum in den Beweggründen des Kaufes vielmehr ein Irrtum in den Eigenschaften des gekauften Gegenstandes, und zwar wiederum ein Irrtum in der gekauften Nutzbarkeit ist, so daß er also, sollte er einmal aufhebende Wirkung haben, ebenso gut wie der Irrtum beim Ankauf einer Sklavin statt eines Sklaven als ein wesentlicher Irrtum (error in substantia) hätte behandelt werden können. Nicht also die Grundidee der ädilizischen Edikte selbst, sondern nur die zwei Arten von Sachen, auf welche sie ursprünglich ihre Verfügung einschränken, und die besondere Form, in der sie Abhilfe gewähren, bilden das Positive daran[2]).

---

[1]) Savigny, a. a. O., III, 359.

[2]) Dies zeigt sich ja auch ganz deutlich an dem bereits angeführten Umstande, daß die Bestimmungen der ädilizischen

Wenn ich eine Summe zahle, weil ich sie schuldig zu sein glaubte, wenn ich eine dos vorausgezahlt habe und die Ehe dann nicht zustande kommt[1]), wenn ich wegen abhanden gekommener Sachen dem Berechtigten eine Ent-

---

Edikte durch diie römische Jurisprudenz später auf die zivilrechtlichen Kontraktsklagen und auf alle Arten von Gegenständen übertragen wurden. Und wenn Savigny (S. 359) in der Unzulässigkeit der Kontraktsklage für die Fälle der ädilizischen Klagen einen Beweis der bloßen Positivität derselben sieht, so muß vielmehr erwidert werden, daß diese Unzulässigkeit nicht einmal überall statthatte. Denn in der L. 13, § 1, de actionibus emti et vend. (19, 1), heißt es ausdrücklich: Item qui furem vendidit, aut *fugitivum, si quidem sciens* praestare debet, quanti emtoris interfuit non decipi, si quidem *ignorans fecit,* id tantum ex emti actione praestiturum, quanto minoris essem emturus, si id ita esse sciissem. Diese Stelle gewährt also ihrerseits einen starken Beweis für die von uns entwickelte Ansicht; vgl. L. 11, § 6 und 7, de act. emt. Und einen ebenso starken bietet die L. 19, locat. cond. (19, 2) dar, wo Ulpian sagt (§ 1): „Si quis dolia vitiosa *ignarus* locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest, *nec ignorantia* ejus erit excusata; et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur, hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest, praestabitur, *si sciisti; si ignorasti, pensionem non petes;* et *ita Servio Labeoni, Sabino placuit.*" Am deutlichsten wird hier Savigny von dem zweiten Falle widerlegt, für welchen gerade sich Ulpian auf die Ansicht der alten Juristen beruft. Bei der Unwissenheit des Vermieters soll hier, im Gegensatz zu dem ersten Beispiel, kein Ersatz des eingetretenen Schadens von ihm zu leisten sein. Der Fall wird also nicht einmal als culpa behandelt. Allein den Mietzins soll er doch nicht fordern können, und zwar soll ihm dieser durch bloße exceptio in der gewöhnlichen Kontraktsklage wegen Irrtums über die Brauchbarkeit des vermieteten Gegenstandes trotz des Kontraktes verweigert werden.

[1]) L. 6, 7, 9, de condictione causa data c. non sec. (12, 4).

schädigung zahle und die Sache dann wieder in seinen Besitz gelangt[1]), so habe ich die *condictio* indebiti, die condictio ob causam datorum, die condictio sine causa. In der Tat ist in allen diesen Fällen das Verhältnis des M o t i v s zu der Handlung ein s o l c h e s , daß die Handlung nur die e i n f a c h e A u s f ü h r u n g des Motives ist und durch den Irrtum in demselben die A r t der Handlung sich ändert. Ich wollte zahlen, ich wollte eine dos konstituieren, ich wollte entschädigen — und ich habe geschenkt. Nicht dies ist der Fall bei dem schon oben angeführten Beispiel, wenn ich wegen vorausgesetzter Dienste jemanden lohnen wollte und diese Dienste auf einem Irrtum von mir beruhten. Denn belohnen heißt rechtlich gleichfalls schenken, nur schenken aus einem bestimmten Grunde, und indem ich geschenkt habe, ist die rechtliche A r t der Handlung dieselbe geblieben[2]).

Es geht also auch bei den Kondiktionen der Beweggrund dazu über, die g e s a m t e N a t u r d e r H a n d l u n g zu e r s c h ö p f e n und durch seinen Irrtum die geschehene Handlung zu e i n e r u n g e w o l l t e n zu machen[3]).

---

[1]) L. 2, de condict. sine causa (12, 7).

[2]) Irrtümlich würde man versuchen, eine Unterschiedenheit der Art in dieser Handlung etwa durch folgende Fassung herzustellen. Ich habe belohnen wollen — und habe verschleudert. Denn wie belohnen rechtlich nur heißt: schenken mit Grund, so heißt verschleudern nur schenken ohne Grund. Durch diese Ausdrucksweise wären also nur die Worte, nicht die Sache, geändert.

[3]) Es ist hier der Ort, nachzuweisen, warum der Irrtum beim Kaufen oder Mieten über den W e r t (Preis) einer Sache niemals den Kauf ungültig machen kann. Es wird sich dabei zeigen, daß der Irrtum über den Wert a u c h n i c h t e i n m a l e i n e n I r r t u m i m B e w e g g r u n d darstellt. Hiermit wird aber folglich dargetan sein, daß man sich der Gleichgültigkeit, mit

Die Frage also, ob die Beweggründe den Inhalt des Willens erschöpfen und, seine Entschließung bestimmend,

---

welcher alle Gesetzgebungen höchst vernünftigerweise den Irrtum über den Wert der Sache behandeln, durchaus nicht, wie Savigny überall tut (vgl. z. B. III, 345, 355), als eines gegen die Bedeutung des Irrtums im Beweggrund sprechenden Argumentes bedienen kann.

Der Grund, weshalb die Gesetzgebungen den Irrtum im Wert (Preis) als einflußlos ansehen und ansehen müssen — obwohl der Wert zunächst doch auch eine Eigenschaft der Sache und besonders nach heutigen Begriffen eine sehr wesentliche zu sein scheint —, beruht auf einem ökonomischen Gegensatz und Gedankengesetz, und wahrscheinlich deshalb haben ihn die Juristen nie zu begreifen vermocht, obwohl das dunkle Gefühl der Völker ihm stets seine gehörige Wirksamkeit eingeräumt hat. Wer kaufen will, hat den Tauschwert (Geld) in seiner Hand, und dessen will er sich gerade entäußern, um dafür einen bestimmten Nutzwert zu bekommen (eine reale Sache, Holz, Fleisch, Werkzeug usw.). Wenn also der Käufer nur die bestimmte Art von Nutzwert (Brauchbarkeit) bekommt, die er wollte, so ist der Gedanke der Handlung erschöpft, der notwendige Beweggrund des Käufers vollständig ausgeführt. Wie sich dieser reale Nutzwert verhalten würde, wenn man ihn nicht benutzt, sondern wieder einmal auf sein Gegenteil, den Tauschwert, beziehen wollte (verkaufen), das ist eine ganz außerhalb dieser Operation liegende und ihr ganz fremde Frage, die selbst durch die eigene Natur der Handlung ausgeschlossen erscheint; denn der Käufer zeigte in dieser, er wolle eben nicht Tauschwert haben — diesen gab er vielmehr auf —, sondern Nutzwert, dessen Dasein durch sein Verhältnis zum Tauschwert nicht im geringsten berührt wird. — Dieser Grundsatz kann hart und drückend erscheinen, und darum vielleicht zu weichen anfangen in einer Zeit, wo durch die Gestaltung der ökonomischen Zustände, durch die Entwicklung von Handels- und Kreditleben fast alle Dinge entweder wirklich immer und immer wieder aufs neue durch ihre Geldform hindurchkreisen, oder wo wenigstens die Fähigkeit derselben, sich mit dieser zu

sein Dasein selbst in sich enthalten, oder die Frage nach dem Verhältnis der Beweggründe zum Wollen

---

vergleichen, zu ihrem *hauptsächlichsten* Dasein geworden ist, zu einer Zeit also, wo die Wichtigkeit der *realen Körperlichkeit* der Dinge und ihrer Benutzbarkeit fast zu einem Schatten zu verblassen und dagegen der *Schatten*, die Figur, welche ein Ding bei der Beziehung auf ein außerhalb seiner liegendes Medium wirft — der *Tauschwert* — zu seinem *Körper* zu werden anfängt; aber er bleibt darum nicht weniger streng logisch und juristisch.

Daß dies nun der wirkliche Grund ist, beweist sich ferner auch darin, daß, wenn ich einen Gegenstand kaufe, dessen Bestimmung es *nicht* ist, als Nutzwert, sondern gerade *immer als Tauschwert* zu fungieren, allerdings unter Umständen wegen mangelnden Tauschwertes ein für wesentlich erklärter Irrtum vorliegt. So bei den *edeln Metallen*, wenn ich Blei kaufe für Silber oder Bronze für Gold (L. 9, § 2; L. 10; L. 14; L. 41, § 1, de contr. emt. 18, 1). Die edeln Metalle haben eben die Bestimmung, daß sie nicht als reale Nutzwerte, sondern *stets* nur als *Träger von Tauschwert* in Betracht kommen. Dies ist aber nicht nur der Fall, wenn ich Silber und Gold in Barren kaufe, welche Handlung keinen anderen Zweck haben kann, als diese Metalle wieder gegen andere Gegenstände umzusetzen oder für späteren Umsatz aufzuspeichern — wobei also stets ihr *Tauschwert* es ist, der die Absicht und den Beweggrund meiner Handlung ausmacht —, sondern ebenso wenn ich goldene und silberne *Gerätschaften* kaufe. Denn diese sind zur *Pracht* bestimmt, und Pracht ist wieder nur: *Schaustellung von müßig liegendem Tauschwert*, so daß ohne diesen auch der *Gebrauch zur Pracht* nicht möglich ist. — Diese Bestimmung über die edeln Metalle stellt also gleichfalls nicht eine Ausnahme, sondern eine konsequente Fortführung des Gedankens dar.

Bin ich aber beim Ankauf einer Sache in ihrem *Nutzwert* durch einen heimlichen Fehler verkürzt, so ist der Kauf allerdings ungültig, und dies besorgen eben die ädilizischen Klagen, z. B. wenn das gekaufte Grundstück an schädlichen

ist, wie wir sahen, eine quantitative. Und weil sie eine quantitative ist, so liegt hier, innerhalb dieser quan-

Ausdünstungen leidet (Ulpian, L. 49, de aed. ed. 21, 1), oder eine vermietete Weide nur schlechte Kräuter hervorbringt (Ulpian, L. 19 locat. cond. 19, 2, und L. 4 Cod. de aed. ed.), oder wenn ein Ochse stößig ist (Paulus, L. 43 de aed. ed.), oder wenn vermietete Fässer schadhaft sind, so daß sie den Wein durchlassen (L. 19 loc. cond.), oder mit einem Worte, wie Ulpian am richtigsten und allgemeinsten den Gedanken der Sache heraushebt: „proinde si quid tale fuerit vitii seu morbi quod *usum ministeriumque* hominis *impediat, id dabit redhibitioni locum*" (L. 1, § 8, de aed. ed.); so daß hiernach Savigny sehr unrecht hat zu sagen (III, 359), es seien die Klagegründe bei den ädilizischen Klagen „sehr eigentümlich und willkürlich bestimmt." Sie entfließen vielmehr, wie die zuletzt angeführten kategorischen Worte Ulpians zeigen, durchaus dem zum Tauschwert im Gegensatz stehenden Gedanken des Nutzwertes der Sache und erschöpfen denselben. Diesen Worten Ulpians ist auf das richtigste und schärfste der Art. 1641 Code civil nachgebildet: „Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui *la rendent impropre à l'usage auquel* on la destine, ou qui diminuent tellement cet *usage* que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus." Es zeigt sich jetzt also als ein großer und folgenreicher Irrtum Savignys, wenn derselbe (III, 355) als Prinzip aufstellt, der durch Irrtum veranlaßte Vertrag bleibe gleicherweise gültig, „der Irrtum möge nun den Wert oder die Brauchbarkeit des Gegenstandes betreffen" usw., und hierauf dann die ädilizischen Klagen als eine bloße positive Ausnahme von dieser Regel betrachtet. Denn es ist jetzt evident, erstens, daß man überhaupt die Gleichgültigkeit des Irrtums im Preise gar nicht einmal als Argument für die Gleichgültigkeit des Irrtums im Beweggrund gebrauchen kann, weil der Irrtum im Wert nachgewiesenermaßen durchaus keinen Irrtum auch nur im Beweggrund darstellt; zweitens, daß man überhaupt nicht so vom Irrtum im Wert und in der Brauchbarkeit des Gegenstandes

titativen Grenze, der Punkt vor, wo das *Positive* der verschiedenen Gesetzgebungen eingreifen und bestimmen

---

als von parallelen Dingen sprechen und sie identifizieren kann, da sie vielmehr Dinge von schlechthin entgegengesetzter Natur sind; drittens, daß nicht das Prinzip gilt, wie Savigny will, der Irrtum in der Brauchbarkeit sei gleichgültig und die ädilizischen Klagen seien eine Ausnahme hiervon, sondern *umgekehrt das Prinzip gilt*: der Irrtum in der *Brauchbarkeit* des Gegenstandes *entkräftet* den Vertrag und einerseits die hierherschlagenden Fälle des wesentlichen Irrtumes, andererseits die Einführung und doktrinelle Ausbildung der ädilizischen Klagen im römischen Recht *das Dasein und die Entwicklung dieses Prinzipes sind*.

Damit diese Demonstration vollständig sei, müßte noch erwiesen werden, daß die Reszissionsklage bei verkauften Grundstücken wegen Verletzung im Preis ultra dimidium durchaus nicht eine Ungültigkeit wegen *Irrtums im Preise* darstellt, in welchem Falle sie unsere obige Ausführung widerlegen würde. Dies Gesetz beruht aber vielmehr auf einem *sittlich-ökonomischen* Gedanken. Daß es nicht an einen *Irrtum* im Preise denkt, geht klar daraus hervor, daß dann der Käufer wie Verkäufer des Grundstückes dies Recht haben müßten. Ja dies müßte hier gerade *nur* für den *Käufer* gelten, da der Verkäufer seine Sache kennen muß. Gleichwohl hat gerade nur der *Verkäufer* dies Recht; dasselbe beruht also gar nicht auf einem unterstellten Irrtum im Wert, sondern darauf, daß der Käufer die Not eines Verkäufers nicht unsittlich mißbrauchen soll. Es gehört nach seiner Grundanschauung zu den Wuchergesetzen. In *Not* aber kann nur der *Verkäufer* sein, weil dieser, wie groß auch sein Reichtum an *Nutzwerten* sei, sich in Verlegenheit wegen mangelnder *Zahlmittel*, die nur im *allgemeinen Tauschwert* (Geld) bestehen, befinden kann. Bei dem Käufer aber, da dieser gerade mit dem allgemeinen *Tauschwert* bewaffnet erscheint und diesen vielmehr gegen eine bestimmte Nutzbarkeit, deren Erwerb immer nur Sache der völlig freien Wahl ist, hingeben will, ist durch seine Lage selbst die Möglichkeit der Not ausgeschlossen. (Es muß auch noch bemerkt werden, daß, wenn seitens des

wird, wo und wo nicht das Quantitative der bloßen

Käufers der Tauschwert weder als Objekt noch Beweggrund der Handlung erscheint, weil er sich des Tauschwertes gerade entäußern will, um dafür Nutzwert zu erlangen, dies nicht seitens des Verkäufers gilt. Dieser will vielmehr Nutzwert in Tauschwert verwandeln. Als sein Beweggrund und Objekt seines Willens erscheint also allerdings gerade dies, Tauschwert an sich zu bringen, und ist er hierin — im Preise — wesentlich verkürzt, so erscheint die Rücksicht hierauf seinerseits keineswegs durch die logische Natur seiner Handlung ausgeschlossen, da er nicht wie der Käufer in dem verletzt ist, dessen er sich entäußern, sondern in dem, was er erwerben wollte.) Wie oft daher auch Glossatoren und juristische Schriftsteller, die ökonomische Natur der Sache mißkennend, das berühmte Gesetz des Diocletian und Maximinian (L. 2 Cod. de resc. vend. 4, 44) auch auf den Käufer auszudehnen versuchten, so sind doch Gesetzgebungen durch ihren praktischen Takt stets davor bewahrt worden, und es ist uns nur eine einzige erinnerlich, welche jenes Mißverständnis des römischen Gesetzes so weit trieb, es auch auf den Käufer ausdehnen zu wollen, das piemontesische Recht vor der französischen Revolution nämlich, welches, nach mehrfachen Entscheidungen des Turiner Senates, durch eine Verordnung von 1770 ausdrücklich auch dem Käufer dies Recht beilegte.

Ganz anders aber verhält sich dies im Allgemeinen Landrecht. Denn indem hier (T. I, Tit. 11, § 58—69) gerade nur dem Käufer das Anfechtungsrecht wegen laesio enormis eingeräumt wird, erscheint dieselbe hier konsequent aufgefaßt als ausnahmsweise Ungültigkeit wegen Irrtums im Beweggrunde (wie dies in § 59 daselbst auch ausdrücklich ausgesprochen; es wird dieser Zug also noch der bald folgenden vergleichenden Unterscheidung hinzuzufügen sein). Und wie unlogisch und unjuristisch auch an und für sich eine solche Auffassung erscheinen mag, so ist sie doch sehr begreiflich in einer Zeit, wo durch die Änderung der Kulturzustände der Tauschwert einer Sache zu dem alle anderen Eigenschaften absorbierenden Wesen derselben geworden ist, und, indem in der kreisenden Zirkulation beständig alle Dinge immer aufs

Beweggründe in das Qualitative des Willensaktes überzugehen anfängt [1]).

neue durch die Form des Geldes hindurchgejagt werden, auch ihr hauptsächlichster Nutzwert in ihrer Vertauschbarkeit und also in ihrem Tauschwert oder Geldpreis zu bestehen angefangen hat. Nur aus dieser veränderten ökonomischen Lage der Dinge sind diese Bestimmungen des Allgemeinen Landrechtes zu erklären.

[1]) Das innerste Verständnis dieses Satzes kann sich nur aus der Lehre der spekulativen Logik über das Verhältnis der Quantität zur Qualität ergeben. — So viel aber wird von selbst klar sein, daß stets, wo in einem Rechtsgebiete quantitative Bestimmungen erforderlich werden, die Fixierung derselben positiv ist, ohne deshalb das Rechtsgebiet selbst zu einem positiven zu machen. So haben alle Strafbestimmungen im Strafgrad eine quantitative Natur, ohne daß es deshalb jemand einfallen wird, das Strafrecht für nur positives Recht zu erklären. Auch wenn man, was allerdings richtig wäre, die quantitative Bestimmung als eine Modifikation der Grundanschauung nachwiese, wäre hierdurch nichts geändert. Die Ehe gilt nirgends als ein bloß positives Recht. Deswegen hat sie doch im Recht der verschiedenen Völker die größten, eine Entwicklung ihrer Grundanschauung darstellenden Modifikationen empfangen. — Werden denn nun die verschiedenen quantitativen Bestimmungen in unserem Gebiete mit einer bestimmten geistigen Grundanschauung in Verbindung zu setzen sein, so daß sie sich als die von dieser Grundanschauung gesetzten Modifikationen erweisen? Allerdings, und diese wird folgende sein: Je weiter, härter und ausgebreiteter eine Gesetzgebung das Recht der Person auf Willkür auffaßt, desto geringere Kraft wird sie dem Irrtum im Beweggrund, desto größere Gültigkeit also der irrigen Handlung einräumen. (Die innere Wahrheit dieses scheinbar sehr paradox klingenden Satzes ergibt sich aus dem oben S. 169 fg. und Anm. 3 zu S. 172) entwickelten Begriff, und wird sich bei der Unterscheidung des faktischen und Rechtsirrtums bald noch deutlicher herausstellen.) Dieser Satz — der sich schon an der Geschichte des römischen Rechtes selbst nachweisen ließe —

S o w e i t aber die positiven Gesetzgebungen über dieses quantitative Verhältnis Festsetzungen treffen und Grenz-

---

bestätigt sich nun auch im allgemeinen durch das Verhältnis der neueren Gesetzgebungen zum römischen Recht. Denn hieraus entspringt es, daß die neueren Gesetzgebungen, wenn sie auch nicht überall ganz konsequent zu Werke gehen, den Irrtum weit milder behandeln, d. h. dem irrigen Beweggrund eine viel weniger bedingte und eine größere Wirksamkeit zur Aufhebung der Handlung einräumen als das römische Recht. Savigny (III, 469) bezieht sich zwar auf das Allgemeine Landrecht in dem Sinne, daß es in T. I, Tit. 4, § 148 fg., seiner Ansicht entsprechend jeden Irrtum im Beweggrunde — außer bei dem bloß lukrativen Akt oder bei dem Hinzutreten von dolus — für gleichgültig erklärt habe. Allein er läßt hierbei unberücksichtigt, daß das Allgemeine Landrecht (daselbst § 145) eine D e f i n i t i o n des Ausdruckes: Beweggrund, aufstellt, die also lautet: „Wird bei einer Erklärung eine gewisse B e g e b e n h e i t oder T a t s a c h e als eine solche, die schon g e s c h e h e n i s t, oder noch g e s c h e h e n s o l l, bloß vorausgesetzt, so ist sie nur als ein Bewegungsgrund anzusehen" [diese falsa causa hatte aber auch im römischen Recht keine Wirkung (§ 31 Inst. de legib., 2, 20, L. 17, § 2, L. 72, § 6, de condit., 35, 1, L. 1, § 8, de dote prael., 34, 4)], und soweit etwa durch diese ganz allgemeine Ausschließung der tatsächlichen Bewegungsgründe der Digestentitel de condictione causa data causa non secuta aus dem Allgemeinen Landrecht ausgeschlossen erscheinen könnte, ist er doch wieder durch die weitere Fassung der condictio indebiti (T. I, Tit. 16, § 166 fg.) in dasselbe hineingebracht. Dagegen ist durch jene Definition die Möglichkeit ausgeschlossen, die E i g e n s c h a f t e n eines Gegenstandes als solchen die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes nicht ausschließenden Beweggrund anzusehen, während im römischen Recht, wie Savigny selbst lehrt (III, 304), dies mit Ausnahme sehr weniger beschränkter Fälle allerdings stattfand. Das Allgemeine Landrecht erklärt vielmehr ausdrücklich (T. I, Tit. 4, § 81): „Irrtum in solchen Eigenschaften der Person oder Sache, welche dabei g e w ö h n l i c h v o r a u s g e s e t z t w e r d e n, e n t k r ä f t e t ebenfalls die Willenserklärung." Da es also bei einer

bestimmungen darüber angeben, wo das Quantitative des Beweggrundes in das Qualitative des Willensaktes über-

---

solchen Untersuchung doch nicht auf die Worte, sondern auf die Sache ankommt, und da bei Käufen und anderen Rechtsgeschäften der Beweggrund gerade in der Regel in der vorausgesetzten Eigenschaft des Gegenstandes besteht (ohne daß doch durch das Nichtvorhandensein derselben der Gegenstand zu einem Gegenstande anderer Gattung und Art wird, in welchem Falle allein im römischen Recht ein error in corpore und in substantia vorliegt; vgl. Savigny, S. 283), so muß vielmehr gesagt werden, daß das Allgemeine Landrecht das Einwirken irriger Beweggründe auf die Aufhebung der Handlung bedeutend gegen das römische Recht erweitert habe. Ja sogar der Irrtum in allen, auch den gewöhnlich nicht vorausgesetzten Eigenschaften einer Person oder Sache vereitelt die Willenserklärung, wenn die Voraussetzung eine ausdrückliche war (Allgemeines Landrecht, daselbst § 77) und also die den Willen bestimmende Einwirkung des Motivs nur ganz feststeht. Ferner soll bei bloß lukrativen Erklärungen die Willenserklärung nie kräftig sein, „sobald erhellet, daß der ausdrücklich angeführte irrige Beweggrund die einzige Ursache der Willenserklärung gewesen sei“ (daselbst § 150).

Das französische Recht ist gleichfalls und in noch höherem Grade milder als das römische. Es erklärt für eine Ursache der Ungültigkeit jeden Irrtum sur la substance und überläßt die nähere Explikation dieses Begriffes gänzlich der Jurisprudenz. Diese aber hat ihrerseits denselben dahin erweitert, daß auch jeder Irrtum im Beweggrund dahinein fällt, wenn ersichtlich ist, daß er das den Willen determinierende Motiv gewesen ist; vgl. Duvergier, De la Vente, No. 144: „En outre la nullité peut résulter de l'absence des qualités . . . mais pour cela il faut que les *circonstances* ou les expressions mêmes de l'acte démontrent que les parties ont considéré ces qualités comme motif *déterminant* de la vente; en d'autres termes qu'elles n'auraient pas contracté, si elles avaient su que ces qualités n'existaient pas.“ Pardessus, Cours de droit comm., No. 148: „En un mot l'erreur sur les *qualités ou autres accessoires* est réputé substantielle et rend la conven-

gehe [1]), soweit sie mit andern Worten Mittel zur Entkräftung einer Handlung wegen echten Irrtums (durch

---

tion nulle dans l'intérêt de celui *qui la prenait en considération lorsqu'il contractait.*" Und außerdem erklärt die französische Jurisprudenz einstimmig, daß der Rechtsirrtum ebenso sehr die Obligationen anulliere als der faktische; vgl. Duranton, T. 10, Nr. 127; Merlin, Rép., v⁰ Testament, Sect. 2, § 5; Toullier, T. 6, Nr. 58; Delvincourt, II, 460; Vazeille, Successions, Art. 887, No. 2.

[1]) In manchen Fällen setzen die neueren Gesetzgebungen an die Stelle der positiven Bestimmung den oben entwickelten Begriff selbst; so z. B. das Allgemeine Landrecht in dem bereits angeführten § 150 (T. I, Tit. 4), wo es die lukrative Willenserklärung für ungültig in dem Falle erklärt, „sobald erhellet, daß der ausdrücklich angeführte irrige Bewegungsgrund die einzige Ursache der Willensäußerung selbst gewesen sei." — In der Regel wird von den neueren Gesetzgebungen diese Bestimmung als einschränkende Grenze für die durch den Irrtum in der Person hervorgerufene Ungültigkeit angeführt. So das Allgemeine Landrecht in § 76 daselbst: „Ein Gleiches gilt von einem Irrtum in der Person desjenigen, für welchen aus der Willenserklärung ein Recht entstehen soll, sobald aus den Umständen erhellt, daß ohne diesen Irrtum die Erklärung solchergestalt nicht erfolgt wäre." Und der Code Napoléon, Art. 1110: „L'erreur *n'est point une cause de nullité*, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter *à moins* que la considération de cette personne ne soit la *cause principale de la convention.*" Anders verhielt es sich hierin im römischen Recht; da der Irrtum in der Person zu dem sub B. a. behandelten gehört, in welchem der Wille ein anderer als die geschehene äußere Willenshandlung selbst ist, war hier, worin man Savigny, S. 279 fg., beipflichten muß, jeder obligatorische Vertrag bei Verwechslung des einen Kontrahenten für den anderen nichtig, wenn derselbe auch gar keine Verletzung seines Interesses durch die Personenverwechslung erlitt. — Hier ging also das römische Recht in der dem Irrtum gegebenen aufhebenden Wirkung weiter als die modernen Gesetzgebungen.

irrigen Beweggrund vermittelten Willensmangel), Betrug und Zwang angeben, soweit wird man also sagen müssen, daß — mögen diese Mittel nun in der Nichtigkeit ipso jure, in der Klage oder Exzeption oder in der Restitution bestehen — dieselben in dem betreffenden Rechtssystem nicht auf äußerer Billigkeit, sondern auf der Anschauung nicht vorhandenen Willensdaseins in der zu entkräftenden Handlung beruhen[1]).

---

und dies scheint gegen das in der vorigen Anmerkung hierüber Gesagte zu sprechen. Bei richtiger Auffassung aber bestätigt es vielmehr nur die dort gegebene Grundanschauung. Es ist nämlich ersichtlich, daß dieser Unterschied der modernen Rechte gegen das römische daher kommt, daß das römische Recht den Willen mehr sieht in dem spröden Rechte der Person auf ihre formelle Willkür, die modernen Gesetzgebungen aber ihn mehr erblicken in dem vernünftigen Inhalt seiner Motive. — Es ist ferner wieder hierbei ersichtlich, wie unechter und echter Irrtum ineinander übergehen. Denn während im römischen Recht Irrtum in der Person einfach als mangelnder Wille galt, wird derselbe im Allgemeinen Landrecht und französischen Recht durch die angeführte Einschränkung zum echten Irrtum und zu einem durch Irrtum in den Motiven vermittelten Willensmangel.

[1]) Eine deutliche Bestätigung der obigen Entwicklung gibt der Code Napoléon, indem er Irrtum, Zwang und Betrug unter dem Abschnitt vom *„Consentement“* behandelt (Sect. I, chap. II, tit. III) und dabei (Art. 1109) ausdrücklich erklärt: *„Il n'y a point de consentement* valable si le consentement n'a été donné que par *erreur,* ou s'il a été *extorqué par violence* ou *surpris par dol.“* Es wird also auch in juristischer Hinsicht bei dem spekulativen Freiheitsbegriff schon sein Bewenden haben müssen, und nur weil Savigny sich den letzteren nicht klar macht und nicht von ihm ausgeht, vielmehr ausdrücklich meint (III, 102), daß derselbe hier nichts zu tun habe, kam er notwendig zu jener irrtümlichen Auffassung dieser Lehre. Und, wie beides stets Hand in Hand geht, kam er

Und kaum ist die positive Bestimmung in diesem quantitativen Gebiete getroffen und festgesetzt worden, wo der irrige Beweggrund zum Willen wird, als der bisher stets festgehaltene und entwickelte Begriff des Willens wieder hervorbricht und den Unterschied seiner begrifflichen Natur in die *Art* des Irrtums im Beweggrund hinein fortsetzt. — Wir meinen den Unterschied des *faktischen* und des *Rechtsirrtums*, oder besser, da auch mancher Rechtsirrtum entschuldigt wird und mancher faktische nicht, des *unverschuldeten* und *verschuldeten* Irrtums.

Um dies genau zu verstehen, ist es nötig, noch einmal auf den Unterschied des einfach mangelnden Willens und des erst durch Vermittelung des irrigen Beweggrundes mangelnden Willens, also auf den Unterschied des unechten und echten Irrtums zurückzugehen und den Begriff desselben noch schärfer als bisher festzustellen.

Willensfreiheit, sagten wir, ist (im Privatrecht) individuelle Selbstbestimmung. Beim unechten Irrtum ist dieselbe überhaupt nicht vorhanden. Denn die geschehene Handlung ist unterschieden von der *gewollten* Handlung. Beide decken einander nicht. Es ist somit die äußerlich geschehene Handlung gar nicht durch die eigene Selbstbestimmung des Individuums gesetzt. Da also keine

---

durch diese Abscheidung des philosophischen Willensbegriffes vom Rechtsgebiete dazu, sich in so direkten Widerspruch mit den *juristischen Quellen* versetzen und eine so große Anzahl von Pandektenstellen der Unrichtigkeit beschuldigen zu müssen, wie er III, 342, tut. Dieselben erweisen sich nach der obigen Entwicklung jetzt von selbst als völlig richtig und als in völliger Übereinstimmung mit dem, was von Savigny als ihnen entgegenstehend angeführt wird, (nämlich die Gleichgültigkeit des unwesentlichen Irrtums und seine dennoch stattfindende Einwirkung, sobald er durch dolus hervorgerufen ist).

solche und somit keinerlei Wille vorhanden ist, so ist es ganz gleichgültig, durch welches Warum das Nichtdasein des Willens zur Handlung vermittelt ist. Es erhellt hieraus die Notwendigkeit, weshalb beim unechten Irrtum nirgends Raum zur Unterscheidung zwischen faktischem und Rechtsirrtum vorliegen kann.

Anders beim Irrtum im Beweggrund. Hier stimmen die vollbrachte Handlung und die Handlung, die das Individuum vollbringen wollte, überein. Es ist also Selbstbestimmung da. Die konkurrierende falsche Vorstellung hat daher nur entkräftende Wirkung, wenn sie durch ein anderes Individuum in das handelnde hineingesetzt und dessen Selbstbestimmung somit aufgehoben worden ist (dolus), ist dagegen gültig, wenn sie vielmehr als die eigene Tätigkeit des Individuums erscheint (error concomitans). — Der Wille hat aber überhaupt seine Vermittelung im Wissen (s. oben S. 122fg.). Der Irrtum im Beweggrund kann daher den gesamten Inhalt des Willens absorbieren, und obwohl die äußere Handlung, die man vornahm, übereinstimmt mit der äußern Handlung, die man vornehmen wollte, doch diese selbst zu einem Nichtausdrucke und Gegenteil des wahrhaften Willens, also zu einer ungewollten und der individuellen Selbstbestimmung nicht entflossenen machen, welche somit als reine Äußerlichkeit gegen das nur an seine Selbstbestimmung gebundene Individuum nicht bestehen kann. Aber indem hier das Nichtgewollte der geschehenen Handlung nicht besteht in der einfachen Abwesenheit der Selbstbestimmung zu derselben, sondern diese Abwesenheit selbst erst vermittelt wird durch die falsche Vorstellung im Beweggrund, kann man — wenn man den Begriff der individuellen Selbstbestimmung auf das äußerste festhält — zu der Folgerung gelangen, daß diese

Ungültigkeit *nur dann* eintreten kann, wenn wenigstens jene falsche Vorstellung im Motiv *nicht* durch die *eigene Tätigkeit der Selbstbestimmung* des Individuums (obwohl hier kein *anderes* Individuum mehr einwirkt) gesetzt erscheint. Denn ist auch *dies* noch der Fall, so ist nun die Handlung allerdings in *allen* ihren Teilen der *eigenen Selbstbestimmung des Subjekts* entflossen: 1. in bezug auf die äußerlich *geschehene* Handlung, 2. in bezug auf die äußere Handlung, die man vollbringen *wollte*, und 3. in bezug auf den Irrtum im Beweggrund.

Als so in allen ihren drei Momenten durch die individuelle Selbstbestimmung gesetzt, wäre, bei konsequentester Festhaltung dieses Begriffes, die irrtümliche Handlung allerdings ein gültiges Dasein der Willensfreiheit.

Die falsche Vorstellung erscheint nur *dann nicht* als durch die eigene Selbstbestimmung des Individuums gesetzt, wenn sie — obwohl hier kein fremdes Subjekt mehr eingreift — einen *faktischen* Irrtum darstellt.

Das Wissen des Individuums hat einen doppelten Gegenstand, nach welchem es sich unterscheiden kann: *sich selbst* und das *ihm Andere*. Das Wissen des Individuums ist daher ein Wissen von *sich* und ein Wissen von dem ihm *Andern*, von der *Außenwelt*. Die Außenwelt ist eine dem Individuum fremde und selbständig gegenüberstehende *Gegenständlichkeit*. Ihr Inhalt ist das Zufällige und seine Verwickelung, das bloß Positive. Wenn daher das Individuum diese für sich selbständige Gegenständlichkeit seinem Wissen nicht zu unterwerfen vermag, wenn es im *Tatsächlichen* irrt, so kann dies nicht als eine *Selbstbestimmung* des Individuums erscheinen. Denn es kann nicht gesagt werden: das Individuum *kann* und *soll* schlechthin auch das ihm

Andere, das Reich des Tatsächlichen durchdringen (quum jus finitum et posset esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat, sagt Neratius)[1]. Der Irrtum im Tatsächlichen erscheint also gleichsam als ein Zwang der Außenwelt! Dies zeigt sich wieder recht deutlich an der Grenze, wo der faktische — und deshalb unschädliche — Irrtum anfängt, in den schädlichen überzugehen. Dies ist dann der Fall, wenn das Tatsächliche so offen, einfach und durchsichtig vorliegt, daß das Individuum, wenn es nur im geringsten — wie sein Begriff erfordert — geistige Tätigkeit ist, es wahrnehmen und wissen konnte[2]. Darum sagen Cäcilius und Ulpian, auf diejenige Krankheit wenden sich die ädilizischen Edikte nicht an, qui *omnibus potuit apparere* ut puta caecus homo veniebat aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat . . . ejus nomine non teneri Caecilius ait, und Ulpian fügt billigend hinzu: „ad eos enim morbos vitiaque pertinere Edictum Aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare *potuit.*“[3]. Er konnte den Fehler oder die Krankheit wissen, heißt: er konnte wissen, wenn er wollte. Sein Nichtwissen wird also hier zum Dasein seiner eigenen Selbstbestimmung, wird somit dem Individuum imputabel und daher gültig und schädlich. Deshalb sprechen also so viele Stellen aus, daß der faktische

---

[1]) L. 2 de juris et facti ignor. (22, 6).

[2]) Darum sagt Ulpian, es sei „nec *supina* ignorantia ferenda nec *scrupulosa inquisitio exigenda,*“ L. 6 de jur. et fact. ign., und Paulus, indem er lehrt, der faktische Irrtum, der auf summa negligentia beruhe, sei allerdings schädlich, ruft aus: „Quid enim si omnes in civitate sciant quod *ille solus* ignorat?“ wenn er es also so gut wie alle anderen wissen konnte. L. 9, § 2, eod. tit.

[3]) L. 14, § 10, de aedilic. edict. (21, 1).

Irrtum schade, wenn er durch crassa negligentia hervorgebracht sei[1]).

Entgegengesetzt dem Wissen des Individuums von der Gegenständlichkeit und ihrem zufälligen und fremden Inhalt, erscheint das Wissen des Individuums von sich. Das Wissen des Individuums von sich nicht sowohl in dem Sinne der äußeren tatsächlichen Zufälligkeit, mit welcher das empirische Ich noch ohne sein Wissen verwickelt sein kann, weil sie ihm eben eine äußere, fremde ist, sondern in dem Sinne: Wissen des Individuums von seiner Innerlichkeit[2]). Hier ist der Gegenstand

[1]) Z. B. noch die L. 55 de aedil. ed. (21, 1); L. 11, § 11, de interr. (11, 1); L. 3 pr. ad. SC. Mac. (14, 6) etc.

[2]) Erst aus der obigen Entwicklung und Einteilung, in welcher die Schädlichkeit des Rechtsirrtums überhaupt nur als die Fortsetzung und Konsequenz des Wissens von sich erscheint, ergibt sich nunmehr von selbst das wirkliche Verständnis des römischen Ausdruckes: jus *suum*, und des Grundes, warum die Unwissenheit über dasselbe in den römischen Rechtsquellen immer als eine grundsätzlich schädliche behandelt wird, obgleich, wie Savigny diese scheinbare Anomalie, ohne sie aber erklären zu können, mit Recht hervorhebt (III, 327, c.), die Unwissenheit über das jus suum „gerade gewöhnlich auf faktischen Irrtümern beruhen wird.“ Denn die Unwissenheit über den eigenen persönlichen Rechtszustand, welche unter der Unwissenheit über das jus suum verstanden wird, stellt eine Unwissenheit des Individuums über seine eigene konstante Beschaffenheit dar. So heißt es L. 2, § 7, de j. fisci (49, 14): „. . . ita demum non nocere cuiquam se detulisse, si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem vel propter sexum femininum *jus suum possit.*“ Und Pomponius bringt, unsere obige Entwicklung deutlich bestätigend, die Unwissenheit de jure suo, trotz ihrer meist faktischen Beschaffenheit, in einen prinzipiellen Gegensatz zur faktischen Unwissenheit, die er als eine Ignoranz de alterius causa et facto hinstellt (Plurimum interest, utrum

des Wissens nichts Fremdes und Zufälliges mehr. Er ist sein eigenes Wesen, das jedes Individuum kennen kann und soll. Das Recht ist aber nur die herausgesetzte eigene Innerlichkeit und Verstandesnatur des Individuums, das Gesetz nur das objektiv gewordene Rechtsbewußtsein der Volksindividuen.

---

quis de *alterius causa et facto* non sciret, an de *jure suo* ignoret; L. 3 pr. de juris et facti ign. 22, 6). Die Ausnahme, welche Paulus bespricht (daselbst L. 1, § 2), wenn jemand, als Kind ausgesetzt, seine Eltern nicht kenne und nun glaube, daß er ein Sklave sei, ist gar keine wirkliche Ausnahme. Denn die Frage ex quibus natus sit, die ursprünglich überhaupt an sich eine Frage nach einem factum alienum ist, ist hier durch die Aussetzung dem Kinde auch als solches forterhalten worden (und zwar wiederum durch das factum alienum der Aussetzung).

Hieraus entspringt nun weiter die große Schwierigkeit, welche die römischen Rechtsquellen in der Regel an den Tag legen, über die eigenen Handlungen überhaupt, obgleich diese doch nur ganz vereinzelter, zufälliger und verschwindender Natur sein können, einen unschädlichen Irrtum zuzulassen, und das Bestreben, das sie zeigen, ihn, wo er unschädlich sein soll, ausdrücklich auf ein factum alienum zu reduzieren. So Neratius, L. 5, § 1, pro suo (41, 10). Sed iid quod quis quum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio, quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod *servum* meum aut ejus, cujus in locum *hereditario* jure successi, emisse id falso existimem, quia in *alieni facti* ignorantia tolerabilis error est. Und Gajus, L. 42 de r. j. (50, 17): Qui in *alterius locum succedunt*, justam habent causam ignorantiae, an id quod peteretur deberetur. Fidejussores quoque non minus, quam heredes justam ignorantiam possunt allegare. Und er beschränkt sogar diese Unschädlichkeit beim Erben noch auf den Fall, si cum eo agetur, non etiam si agat; nam plane qui agit *certus* esse debet, quum sit in *potestate ejus quando velit* experiri etc.

Im Wissen vom Rechte ist daher das Individuum nicht auf einen zufälligen, sondern auf einen notwendigen Gegenstand, nicht auf ein ihm Fremdes, sondern nur auf sein eigenes Wesen bezogen. Wer also über das Recht irrt, irrt nicht über etwas Gegenständliches, sondern über das eigene Wesen des Geistes, worüber der Geist, weil es ihm nichts Fremdes ist, nicht zu irren braucht. Sehr gut nennt daher Paulus den Rechtsirrtum einen Irrtum in *existimatione mentis* und setzt ihm den tatsächlichen Irrtum als einen Irrtum in re entgegen[1]). Darum gilt die Anschauung, das Recht kann das Individuum stets wissen, wenn es will[2]), und wenn es dasselbe nicht weiß, so erscheint dies Nichtwissen als durch seine willkürliche Selbstbestimmung gesetzt, und wird somit, soweit dies in der Sphäre des von der Willkür beherrschten Privatrechts[3]) geschieht, zur gültigen selbstbestimmenden Willkür und also zum schädlichen Irrtum.

---

[1]) L. 9, § 4 h. t. (22, 6): „Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus *in re* est quam *in existimatione mentis,* et ideo tametsi existimet, se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur."

[2]) Es ergibt sich aus der obigen Entwicklung, daß dies also um so eher da gelten wird, wo das Recht ein wirklich aus dem eigenen Volksleben hervorgegangenes Recht ist, und weniger dort, wo es ein fremdes und anderswoher übernommenes ist.

[3]) Wir wiederholen diese schon früher hervorgehobene Hinweisung auf den Begriff des Privatrechtes absichtlich, weil, wie sich zeigt, eben nur durch sein Walten die Gültigkeit und Schädlichkeit des Rechtsirrtums vermittelt wird, und in der Tat, durchaus übereinstimmend mit unserer Entwicklung, da wo diese Willkür, welche der allgemeine Grundbegriff des Privatrechtes ist, ihre Geltung verliert, d. h., da wo innerhalb desselben aus dem öffentlichen Recht entflossene Gesetze

Aber eben um des entwickelten Begriffes willen müßte, wenn seine Anwendung konsequent sein soll, der Rechts-

---

platzgreifen, jede Gültigkeit und mit ihr jede Schädlichkeit der Rechtsunwissenheit sofort aufhört. Dies zeigt sich daran, daß bei der Zahlung von Spielschulden und Wucherzinsen, deren Gültigkeit das Gesetz prohibiert, auch der Rechtsirrtum schlechthin jede Schädlichkeit verliert. Mit Unrecht würde man glauben, dies käme nur daher, weil diese Zahlungen, selbst wenn sie mit vollem Bewußtsein von der rechtlichen Unverbindlichkeit dieser Schulden gemacht werden, zurückgefordert werden können. Denn in der Tat machte man früher einen Unterschied zwischen wissentlicher und unwissentlicher Zahlung von wucherlichen Zinsen. Waren sie wissentlich, gezahlt, so war (s. Paulus R. S. II, 14, § 2 und 4, und Ulpian, L. 26 pr. de cond. indeb. 12, 6) die Zahlung nicht eine ungültige und zurückfordernde, aber sie wurde als auf das Kapital geschehen betrachtet (*repeti* quidem *non posse*, sed *sorti* imputandum sagt Ulpian). Wurden also die Zinsen vor dem Kapital bezahlt, so kam das praktisch freilich auf dasselbe hinaus, indem sich nun das Kapital um so viel verminderte. Wurden aber Zinsen und Kapital zugleich zurückerstattet (wissentlich), so machte dies nun auch einen praktischen Unterschied. Denn nach der früheren strengeren Auffassung konnten jetzt die wucherlichen Zinsen nicht zurückgefordert werden (vgl. Vangerow, Pandekten, Bd. I, § 76, 6. Aufl.). Selbst Ulpian, der sich einer milderen Ansicht zuneigt, drückt deutlich die Ungewißheit und die bloß billige Natur derselben aus (Quid si simul solverit? *Poterit* dici, et tunc repetitionem locum habere), und erst Philippus hob diese veteris juris varietas auf (L. 18, C. de usur.). — Waren dagegen die Zinsen aus Unkenntnis der Wuchergesetze und also aus einem Rechtsirrtum bezahlt (per errorem solutae), so war die Zahlung eine ungültige, und sie konnten stets, ob vor ob mit dem Kapital gezahlt, kondiktiert werden (vgl. Paulus und Vangerow, a. a. O.). Es zeigt sich hierdurch, daß es sich nicht so verhält, wie Savigny, III, S. 450 meint, als hindere bei Wucherschulden der Rechtsirrtum die Kondiktion nur deshalb nicht, weil sogar das Bewußtsein des

irrtum da keine gültige und schädliche Wirkung haben. wo das Recht, seine obige allgemeine, für alle Individuen gewisse und mit dem Volksgeist identische Natur verlierend, selbst wieder in Zufälligkeit ausläuft, d. h. also bei kontroversen Rechtssätzen, wo ja die Entscheidung über den Inhalt des Rechts aus der allgemeinen geistigen Natur des Individuums in die Besonderheit der persönlichen Ansicht hinunterfällt, und ebenso bei dem bloß partikularen Lokalrecht, weil dieses ja nicht mit dem ganzen Volksgeist selbst identisch ist und somit nicht als das allgemeine Wesen des Individuums ausdrückend angesehen werden kann. Und in der Tat ist anerkannt, daß in diesen beiden Fällen der Rechtsirrtum keine schädliche Wirkung haben soll [1]).

Zahlenden von der Unverbindlichkeit der Schuld sie nicht hindere, sondern daß vielmehr auch, wo dies Bewußtsein hindert, die Rechtsunwissenheit zugute kommt. Und wie ist dies möglich? Dies erhellt aus der obigen Begriffsentwicklung mit Evidenz und Notwendigkeit. Der Rechtsirrtum erscheint nur als schädlich, weil er als gültig erscheint. Und er erscheint nur als gültig, weil das Nichtwissen des Rechtes als die eigene formell berechtigte Selbstbestimmung der individuellen Willkür und somit als ihre Äußerung erscheint. Dies kann somit nur gelten im eigentlichen Privatrecht als dem Dasein dieser Willkür. Wo dagegen Bestimmungen aus dem öffentlichen Rechte eingreifen, d. h. wo die willkürliche Selbstbestimmung des Individuums überhaupt ihre Geltung zu verlieren anfängt, da muß auch seine Bestimmung zum Nichtwissen des Rechtes als eine nicht mehr in seiner Willkür stehende, also als eine ungültige erscheinen und der Rechtsirrtum also unschädlich sein. Das Recht, nicht zu wissen, gilt hier gar nicht, und erzeugt darum keine Gültigkeit! — Man sieht, welche festgeschlossene Gestalt bei der obigen Begriffsentwicklung diese Lehre in allen ihren Teilen, selbst in ihren Einzelheiten und Subtilitäten annimmt.

[1]) Vgl. Savigny, III, 337. Puchta, Gewohnheitsrecht, II, 217 fg.

Betrachtet aber das Gesetz bestimmte Klassen von Individuen als auf einer solchen Stufe der geistigen Potenz stehend, daß von ihnen nicht schlechthin gesagt werden kann, sie konnten das Recht wissen, wenn sie wollten, so erscheint bei ihnen das Nichtwissen auch nicht als eine willkürliche Selbstbestimmung und der Rechtsirrtum ist deshalb für Minderjährige, Frauen und rusticitas in verschiedenen Abstufungen unschädlich.

Die Lehre von dem faktischen und dem Rechtsirrtum, oder von der entschuldbaren und der nicht entschuldbaren Unwissenheit hat sich uns also in eine Lehre von dem Wissen des Individuums von sich und von anderem, in eine Lehre von dem selbstverschuldeten, d. h. selbstgesetzten und dem nicht selbstgesetzten Irrtum aufgehoben und sich ebenso wie die Lehre vom Zwang und Betrug, unechtem und echtem Irrtum, überall mit der größesten Konsequenz und bis in alle ihre Ausnahmen hinein, als auf der Auffassung der individuellen Selbstbestimmung, als dem wirklichen Begriffe der Willensfreiheit beruhend, erwiesen. Zugleich ergibt sich aus dem Obigen, daß, wenn der den Inhalt des Willens erschöpfende irrige Beweggrund, falls der Irrtum ein verschuldeter ist, die Handlung nicht entkräftet, sondern diese gültig bleibt, dies auf der strengen Anschauung von dem willkürlichen Rechte der Person beruht, wenn sie nur durchweg selbst als das Bestimmende erscheint, auch das nicht zu wissen, was sie wissen soll und muß (das Recht), wonach dann die so entstandene Handlung als ein gültiges Dasein persönlicher Willkür angesprochen wird. Tritt an die Stelle dieser spröden formellen Anschauung die andere, daß das Nichtwissen, wenn auch verschuldet, als dem Begriffe des Geistes zuwider, nicht als eine gültige Bestimmung des-

selben anzusehen und nicht als sein Dasein, sondern nur als sein Nichtdasein zu betrachten sei, so kann auch beim irrigen Beweggrund nicht mehr zwischen verschuldetem und nichtverschuldetem Irrtum unterschieden werden, und die durch einen den ganzen Willen absorbierenden Irrtum im Beweggrund hervorgerufene Handlung wird auch durch die Verschuldung des Irrtums zu keinem gültigen Dasein des Willens, wie dies in der Tat in neueren Gesetzgebungen der Fall ist[1]).

---

[1]) Sowie bereits gezeigt (s. die Anmerkung auf S. 192), im französischen Recht, wo mit Ausnahme zweier Fälle, die, um ihrer besonderen Natur willen, überhaupt kaum Ausnahmen hiervon zu nennen sind ([Art. 1305 und 2053] des Code civil), ganz allgemein jeder Unterschied zwischen faktischem und Rechtsirrtum aufgegeben ist.

Eine mehr schwankende Stellung nimmt das Allgemeine Landrecht ein, doch ist auch von ihm nicht zu verkennen, daß es sich darin bedeutend vom römischen Recht unterscheidet und sichtlich unter dem Einfluß der oben angegebenen abweichenden Anschauung des modernen Geistes steht. In § 12 der Einleitung verfügt es, daß sich niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publizierten Gesetzes entschuldigen könne. Allein dieses in dieser Allgemeinheit ganz richtige und gar keinem Zweifel unterliegende Prinzip hat eben um dieser Allgemeinheit willen auch gar nichts mit der oben erwähnten Anschauung zu tun, über welche vielmehr erst die landrechtliche Lehre von den Willenserklärungen usw. Aufschluß geben kann. Hier nun läßt es zunächst bei der condictio indebiti (T. I, Tit. 16, § 166, 178, 118) im Prinzip auch den Rechtsirrtum zu, wenn es auch dem Irrenden den Beweis desselben auferlegt. Bei dem Irrtum in den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache, welcher die Willenserklärung entkräften soll (s. oben S. 192), macht es diese Wirkung des Irrtums davon abhängig, daß er nicht durch eigenes Versehen entstanden sei, und neigt sich insoweit also der Anschauung des römischen Rechtes zu (T. I, Tit. 4, § 82). Allein bei dem Irrtum

C. Der Quasikontrakt; negotiorum gestio.

Das Gesetz kann einen normalen Willen der Person voraussetzen. Rechte also, welche scheinbar lediglich aus den Handlungen dritter Personen und somit aus dem Gesetze entspringen, müssen, obwohl ohne jede Handlung des Individuums, dennoch dann in rechtlicher Hinsicht als seiner eigenen individuellen Willensaktion entflossen angesehen werden, wenn das betreffende Rechtsinstitut den Charakter hat, auf einem solchen vom Gesetz vorausgesetzten normalen Willen des Individuums zu beruhen und aus ihm zu entspringen.

Die aus einem solchen Institut dem Individuum hervorgehenden Rechte sind dann der gesetzlichen Anschauung nach durch die eigene vorausgesetzte Willensaktion des Individuums vermittelt, somit erworben, und können daher, wenn sie so einmal entstanden sind, durch spätere Gesetze nicht verändert werden.

---

in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache soll stets die Willenserklärung ungültig sein, auch wenn der Erklärende den Irrtum hätte vermeiden können, § 77, 78 (und nur eine kulpose Verpflichtung zur Schadloshaltung bei eingetretenem Schaden wird ganz richtig eingeführt, weil in der Tat nur culpa, nicht Wille, vorliegt). Indem nun (s. oben S. 192) in diesen Irrtum in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften nicht nur der römische error in corpore und essentialis, sondern auch jeder bloße Irrtum im Beweggrunde hineinfällt, der auf solchen vielleicht selbst ganz unwichtigen Eigenschaften beruht, läßt das Allgemeine Landrecht hier also auch bei diesem den Rechtsirrtum und verschuldeten Irrtum als einen unschädlichen, d. i. ungültigen, zu. Es scheint also die Unschädlichkeit desselben überhaupt nur mehr an die Bedingung zu binden, daß die Einwirkung eines irrigen Motives ganz feststehe (ausdrücklich vorausgesetzt sei).

Dies ist der Fall bei den Quasikontrakten, zunächst bei der negotiorum gestio.

Daß diese ganz auf einem solchen, um seiner Normalität halber vom Gesetz vorausgesetzten vernünftigen Willen des Individuums beruht, muß von selbst klar sein, und soll bloß, weil sich diese Auffassung bei unseren Rechtslehrern nicht findet[1]), kurz nachgewiesen werden.

Es steht dem nicht entgegen, daß die alten römischen Juristen immer nur von der magna utilitas dieses Instituts reden und es auch ausdrücklich als um seiner Nützlichkeit willen eingeführt bezeichnen[2]). Dieses Nützlichkeitsargument drückt vielmehr nur in Form äußerer Tatsächlichkeit aus, was nach uns die Rechtsidee des Instituts bildet. Das Gesetz kann hier eben nur deshalb den Willen des Individuums voraussetzen, und setzt ihn voraus, weil es eben normal ist, daß jedes Individuum selbst das ihm Nützliche will.

Dieser vorausgesetzte Wille erweist sich aber durch folgendes als der wahrhafte Gedanke des Instituts: 1. schon historisch, indem die römischen Juristen so vor-

---

[1]) Aber ebensowenig auch bei den Rechtsphilosophen. Wenn z. B. Stahl (Philosophie des Rechtes, I, 410 fg., 3. Aufl.) die Quasikontrakte und speziell die negotiorum gestio einfach daraus erklärt, daß „nämlich jenes Bedürfnis, durch Übereinkunft sich Rückgabe oder Ersatz sichern zu können," eine solche Forderung auch ohne Übereinkunft erwirke, — so ist zu bemerken, daß, um das Gajanische utilitatis causa receptum est abzuschreiben, man keine Rechtsphilosophie zu schreiben braucht.

[2]) Z. B. Gajus, L. 5 pr. de obl. et act. (44, 7) — „sed *utilitatis causa* receptum est, invicem eos obligari," cf. Inst., III, 27.

zugsweise den Fall der Abwesenheit des dominus[1]) als den Fall der negotiorum gestio hervorheben, oder ähnliche Lagen, in welchen also der dominus einen ausdrücklichen Willen zu haben gehindert ist[2]), und diesen Fall der Abwesenheit auch geradezu als den historischen Ursprung des Instituts bezeichnen[3]); 2. dadurch, daß der vom Gesetz vorausgesetzte Wille dem vom Individuum ausgesprochenen, die Fiktion der Wirklichkeit weicht und daher bei einem ausdrücklich erklärten Nichtwollen seitens des dominus[4]) dem

---

[1]) Z. B. Ulpian, L. 1 de neg. gest. (III, 5): „Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas *absentium* versatur, ne indefensi" etc., Gajus, L. 2 ib. „Si quis *absentis* negotia gesserit etc., Inst., III, 27, § 1: Igitur quum quis *absentis* negotia gesserit" etc.

[2]) S. das prätorische Edikt selbst (L. 3 ib.): Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cujusque *cum is moritur,* fuerint, gesserit etc. Der Sterbende wird in der Regel gehindert sein, einen ausdrücklichen Willen über die negotia zu haben, und nach dem Tode kann vor der aditio der Erbe in dieser Lage sein. — Das Edikt hebt übrigens den Fall, quum is moritur, nur ausdrücklich hervor, um die Ungewißheit des Rechtssubjektes, dessen Geschäfte ich geführt habe, unschädlich zu machen; s. Ulpian, daselbst, § 6.

[3]) Gajus sagt das ausdrücklich L. 5 pr. de obl. et act. (44, 7): — *ideo autem id ita receptum est,* quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri, nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt, quorum negotia deperire iniquum erat, und Inst., III, 27, § 1.

[4]) Dies ist bekanntlich die übereinstimmende Lehre von Julian, Pomponius, Paulus und Ulpian L. 8, § 3 h. t.; L. 40, mandati (17, 1). (Si pro te praesente et vetante fidejusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere, quibus non consentio, secundum

gestor auch für die nützlich verwendeten Auslagen, trotz aller Nützlichkeit, die Aktion der negotiorum gestio nicht zusteht[1]) — die Nützlichkeit erweist sich also schon hiernach nicht als die eigentliche letzte Rechtsidee des Instituts —; 3. auch dadurch, daß in der Regel die Aktion der negotiorum gestio nur dann gegen den dominus zusteht, wenn es sich darum handelt, ihn vor drohenden Schaden zu bewahren, in Notfällen usw.[2]), nicht bei lukrativen Operationen, denn in der Tat muß bei jedem vernünftigerweise die Absicht vorausgesetzt werden, nicht in Schaden zu kommen und das zu bewahren, was er hat, während die Absicht lukrativer Unternehmungen, obgleich nicht weniger nützlich, keineswegs als der normale Wille jedes Individuums vorausgesetzt werden kann[3]);

---

quod et Pomponio videtur), und Justinian hat diese Lehre durch eine besondere Entscheidung (L. ult. C. 2, 20) festgestellt.

[1]) So unterscheidet sich also die negotiorum gestio, wo man den Willen des Verpflichteten ausführt, wenn auch den präsumierten, sehr deutlich z. B. von der actio funeraria, wo man die Pflicht desselben ausführt, und wo es deshalb auch auf sein ausdrückliches Verbot nicht ankommt. L. 14, § 6—16, de relig. et sumt. funer. (11, 7).

[2]) Vgl. Vangerow, Pandekten, III, 484, 6. Aufl.

[3]) Soweit aber der dominus die entstandene Bereicherung bewahren will, bleibt er allerdings ersatzpflichtig, denn er akzeptiert in dem lucrum zugleich den für dasselbe notwendig gewesenen Aufwand. Aber es ist hier nicht mehr die negotiorum gestio, sondern die *versio in rem*, welche den Anspruch gegen den *dominus* gewährt, L. 11, 43 de neg. gest. (3, 5) und L. 5 pr. de in rem vers. (15, 3). Der große juristische Unterschied zwischen beiden zeigt sich darin, daß bei der negotiorum gestio den Zufall (casus) der dominus tragen muß, bei der versio in rem aber der gestor. Dies ist aber nur die äußerliche Darstellung des Gedankenunterschiedes, daß bei der negotiorum gestio von vornherein aus dem Willen des

4. zeigt sich in ganz entscheidender Weise, wie nicht der erwiesene Nutzen, sondern der eigene vorausgesetzte Wille des dominus den Träger dieses Instituts bildet, dadurch, daß, wenn auch der erwartete Nutzen gar nicht eingetreten, sondern durch Unglücksfälle verhindert worden ist, der dominus durch die Aktion der negotiorum gestio (contraria) für den Aufwand des gestor verhaftet bleibt [1]); 5. erklärt sich endlich auch nur von hier aus die Möglichkeit einer Kontroverse, welche alte und neue römische Juristen auf das lebhafteste geteilt hat, die nämlich schon zwischen Scävola und Ulpian schwebende Streitfrage, welchen Einfluß eine spätere Ratihabition des dominus auf die negotiorum gestio hat, ob sie diese Aktion, wie Scävola will, bestehen läßt, oder, nach der Ansicht der Gegner, in die actio mandati umwandelt [2]).

Fast man nämlich rein äußerlich die negotiorum gestio

---

dominus gehandelt worden ist, weshalb ihn selber der casus treffen muß, während bei der versio in rem der Wille desselben erst hinterher durch die Bewahrung des erlangten lucrum eintritt, weshalb, da hier erst der wirklich erreichte Vorteil von ihm akzeptiert wird, der casus auf die Seite des gestor fällt. — Ebenso kann der gestor in Schaden geraten, wenn der dominus den Vorteil nicht bewahren will. Hier wird also nicht wie bei der zur Abwehr von Schaden eingetretenen negotiorum gestio der stillschweigende Wille des Individuums in verbindlicher Weise vorausgesetzt. Vgl. Allgemeines Landrecht, T. I, Tit. 13, § 242: „Entschlägt sich der, dessen Geschäfte ohne seinen Antrag besorgt wurden, des Vorteiles, so muß der Besorger die Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand setzen und den Eigentümer entschädigen."

[1]) L. 10, § 1; L. 12, § 2; L. 22; L. 31 pr.; L. 32 pr.; L. 37, § 1 h. t.; L. 17 pr. de in r. v. (15, 3); L. 22 Cod. h. t.

[2]) S. die Literatur der Kontroverse bei Glück, V, 333 fg.; Thibaut, Versuche, II, Nr. 10, Vangerow, Pandekten, III, 486, 6. Aufl.

als eine Geschäftsführung ohne Willen des dominus auf, so ist, da diese Aktion in der Tat nur gegeben ist, wenn kein Auftrag des dominus vorliegt, und zumal bei der Rückwirkung auf den Anfang der Handlung, welche das römische Recht der Ratihabition überall zuschreibt, kaum zu begreifen, wie nach einer solchen die negotiorum gestio dennoch als fortbestehend angesprochen werden kann.

Bei der hier gegebenen Auffassung der negotiorum gestio, als auf dem vom Gesetz vorausgesetzten Willen des Individuums beruhend, liegt erst die innere dialektische Entstehung und Berechtigung dieser Kontroverse vor. Denn ist ohnehin der Wille des dominus bei der negotiorum gestio vorausgesetzt, warum soll gerade durch die Bestätigung der Voraussetzung diese Aktion verschwinden? Dies ist das innere Gedankenmoment bei Scävola[1]). Andererseits:

Wenn die negotiorum gestio auf dem vorausgesetzten Willen beruht, so hat der ausdrücklich erklärte Wille andere und resp. stärkere Folgen. Durch die Bestätigung der Voraussetzung tritt also der ausdrückliche Wille mit seinen anders qualifizierten Folgen, d. h. die actio mandati ein. — In der Tat ist aber in dieser Gedankendialektik zugleich schon die wahrhafte Auflösung notwendig gegeben, wie sie Welcker auf anderem Wege, durch Analyse der betreffenden Gesetzesstellen, herausgestellt hat[2]): Für den dominus treten, da an die Stelle

[1]) Er hebt darum hervor, daß die Billigung die negotiorum actio überhaupt nicht ausschlösse: „Ceterum si *ubi probavi,* non est negotiorum actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim, quemodmodum recipiam?" (L. 9 h. t.)

[2]) C. Th. Welcker, Diss. jurid. inaug. interpret. exhibens leg. 9 de neg. gest. etc. (Gießen 1813), und Vangerow, a. a. O.

seines bloß vorausgesetzten und deshalb, wie sich sofort zeigen wird, bedingten Willens der ausdrücklich erklärte getreten ist, die stärkeren Folgen desselben ein: er bleibt daher auch, wenn die Geschäftsführung eine schlechte war, durch die actio mandati verpflichtet, während der von der negotiorum actio supponierte Wille eben um dieser Voraussetzung halber nur unter der Bedingung nützlichster Geschäftsführung vorausgesetzt werden kann. Seitens des gestor dagegen hat sich durch die eingetretene Ratihabition seine rechtliche Voraussetzung nur bestätigt[1]), sich also nichts an der Natur seiner Handlung geändert. Er bleibt also trotz der Ratihabition nur an die Pflichten, die ihm der vorausgesetzte Wille auferlegte, gebunden, d. h. er ist nur mit der negotiorum actio anzugreifen.

Es ist nach dem zuletzt Gesagten fast überflüssig, noch zu bemerken, daß die negotiorum gestio bei dieser Auffassung darum durchaus nicht an und für sich in ein mandatum tacitum übergeht. Auch bei diesem wird, insofern die verschiedenen Gesetzgebungen ein solches mandatum tacitum überhaupt zulassen, allerdings ein stillschweigender Wille vorausgesetzt. Aber er wird hier bloß faktisch vorausgesetzt, d. h. er wird vom Gesetz als ein wirklich daseiender vorausgesetzt, während er bei der negotiorum gestio vom Gesetz ausdrücklich als ein voraus-

[1]) Wohl aber ist hier nun auch die Möglichkeit der anderen Anschauung erklärt, die negotiorum gestio wegen der vom gestor vorausgesetzten Billigung des dominus als ein auf seiten des gestor vorausgesetztes Mandat zu betrachten und demselben daher von vornherein ausdrücklich die Pflichten des Mandates aufzuerlegen, wie dies der Code Napoléon tut, Art. 1372 „Il (le gérant) se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un *mandat exprè* que lui aurait donné le propriétaire."

gesetzter vorausgesetzt, und als solcher behandelt wird. Mit andern Worten: Soweit Gesetzgebungen die Annahme eines mandatum tacitum zulassen, ist die Anschauung diese, daß die Person diese bestimmte Handlung, wenn auch stillschweigend, wirklich gewollt, resp. einer anderen Person die Befugnis zu dieser bestimmten Handlung, wenn auch stillschweigend, übertragen hat. Beim mandatum tacitum bleibt daher der dominus, ganz ebenso wie beim ausdrücklichen Mandat, an die Handlung als seine bestimmte unbedingte Willensäußerung gebunden, wenn dieselbe auch keine Nützlichkeit gehabt hat, oder die Mandatsführung, die nur dolus und grobes Versehen zu prästieren hat, auch nicht die zweckmäßigste gewesen ist. Bei der negotiorum gestio dagegen wird der Wille des dominus auch ausdrücklich vom Gesetz als ein um seiner Normalität willen vorausgesetzter behandelt; d. h. seine Unterstellung wird eben durch die Bedingung vermittelt, daß es schlechthin normal und vernünftig sei, so zu wollen. Es bleibt also die Annahme des Willens an die Bedingung gebunden, daß die Geschäftsführung zu einem notwendigen Zwecke unternommen und in der bestmöglichen Weise[1]) betrieben worden sei, wodurch nicht nur auch das leichteste Versehen als diese Bedingung verletzend dem gestor zur Last fällt, sondern sogar das nützliche Unternehmen, wenn es einen wirklichen Nutzen herbeigeführt hat, weil hier die Bedingung der Willensunterstellung erfüllt ist, für Rechnung des *dominus*, und wenn es einen Schaden herbeigeführt hat, für eigene Rechnung betrieben

[1]) Vgl. L. 20 C. de neg. gest. (2, 18), und besonders Inst., III, 27, § 1: „nec sufficit talem diligentiam adhibere *qualem suis rebus* adhibere soleret, *si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.*"

gilt[1]), die Handlung also wegen der bedingten Natur[2]) des vorausgesetzten Willens ein Doppelgesicht hat, welches niemals bei dem immerhin einen unbedingten Willen darstellenden mandatum tacitum platzgreifen kann[3]).

Zugleich ist nun aber durch diese Entwickelung schon gegeben, wo und warum die negotiorum gestio durch ihre dialektische Gedankennatur von selbst in dies mandatum tacitum übergehen muß. Ein vorausgesetzter Wille des dominus kann nur da sein, wo der dominus entweder sogar von der Ursache der Geschäftsführung, dem drohenden Schaden usw., nichts wissen kann, oder doch nichts weiß, also z. B. wenn er absens ist, oder wenn er zwar anwesend ist, und somit von der Ursache der Geschäftsführung wissen kann oder wirklich weiß und nur in Unterschätzung oder Vernachlässigung derselben nicht handelt, aber von der Geschäftsführung selbst nichts weiß und also in bezug auf sie ignorans ist. Deshalb wird so häufig in den römischen Gesetzen die Forderung erwähnt, daß der dominus ein absens et ignorans, oder doch mindestens das letztere sei[4]). War er

[1]) L. 11 de neg. gest. (3, 5).

[2]) Hierin gehört auch die aus derselben Bedingung entspringende Pflicht des gestor, das Unternehmen zu Ende zu führen, die beim Mandat nicht platzgreift.

[3]) Es erscheint also nicht konsequent vom französischen Gesetzbuch, die gestio im Art. 1372 (s. S. 212, Anm. 1) dem mandat exprès zu assimilieren, weshalb auch wieder der Code Napoléon selbst hierbei nicht stehen bleiben kann, sondern in den folgenden Artikeln (1373 und 1374) die Pflichten des gestor wieder über die des Mandatars hinaus erschweren muß.

[4]) Z. B. Gajus, L. 2 (h. t.): Si quis absentis negotia gesserit, licet *ignorantis* etc. Pomponius, L. 11 (h. t.): Si negotia *absentis et ignorantis* geras. Papinianus, L. 48 (h. t.): *Ignorante* quoque sorore etc.

aber nicht ignorans in bezug auf die Geschäftsführung, wußte er von ihr, ohne sie zu hindern, so kann hier nicht mehr die Rede davon sein, seinen Willen zu der bestimmten Handlung bloß als einen wegen des allgemeinen normalen Willens des Individuums, keinen Schaden zu leiden, nur vorausgesetzten zu supplieren. Hier ist vielmehr einer jener Fälle, wo die Regel qui tacet consentit wirkliche Geltung hat. Wer wissend und ohne Einrede seine Geschäfte von einem Dritten führen läßt, zeigt sich hierdurch einverstanden. Hier braucht also nicht mehr die Voraussetzung seines Willens durch die Bedingung der Notwendigkeit und Nützlichkeit des Geschäfts und die höchste Sorgfalt der Geschäftsführung gerechtfertigt zu werden, wie dies dann notwendig ist, wenn sein Wille als einer ihm unbekannten Handlung um der allgemeinen vernünftigen Natur des Willens halber einwohnend betrachtet werden soll, sondern indem hier sein Wille zu der bestimmten ihm bekannten Handlung des gestor in seinem Stillschweigen vorliegt, fallen hier jene Vermittelungsbedingungen weg und die negotiorum gestio geht hier von selbst in das *Mandatum tacitum* über. Mit Recht sagt daher Ulpian[1]: „Semper qui *non prohibet* pro se intervenire, *mandare* creditur"

Es ist ersichtlich, daß es von der größten Wichtigkeit war, die negotiorum gestio in diese ihre innere Natur eines vom Gesetze vorausgesetzten und darum bedingten Willens des dominus aufzulösen. Denn wäre dies nicht der Fall, so würde zwar ein im Laufe einer negotiorum gestio eintretendes neues Gesetz, welches die Pflichten des gestor erschwert, dennoch nicht zur Anwendung kommen können, weil seitens des gestor auch ganz äußerlich frei-

---

[1]) L. 60 de reg. jur. (50, 17).

willige Handlungen vorliegen, die nicht rückwirkend verändert werden können. Wohl aber würde es von einem im Laufe der gestio eintretenden neuen Gesetze, welches die Pflichten des gestor erleichtert, seine Lage somit nur verbessert, scheinen können, daß es demselben sofort zugute kommen muß. Und in der Tat würde dies (vergl. § 12) der Fall sein, wenn die Rechte des dominus nur aus dem Gesetze, und nicht vielmehr, wie nachgewiesen, aus seinem eigenen, vom Gesetz vorausgesetzten und deshalb bedingten Willen flössen, wodurch die negotiorum gestio den Charakter eines zwischen gestor und dominus geschlossenen konditionellen Kontrakts erhält, woraus erst die Bezeichnung der „Quasikontrakte" ihr wahres Licht und innere Berechtigung empfängt[1]), und wonach das Erworbensein der beiderseitigen Rechte sich, da sie durch wirklichen und angenommenen individuellen Willen vermittelt sind, mit Notwendigkeit ergibt.

Dieselbe Natur wie die negotiorum gestio hat auch die condictio indebiti auf seiten des Empfängers. Das Gesetz kann bei ihm den normalen Willen unterstellen, für den eventuellen Fall, daß eine Schuld nicht vorhanden sei, zurückzuzahlen. Die Unterstellung eines entgegengesetzten eventuellen Willens würde einen dolus in sich schließen[2]), der nicht präsumiert werden kann. Es

---

[1]) Die Institutionen bewältigen diese innere Berechtigung also durchaus nicht, wenn sie in der äußerlichsten Weise definieren „sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur" (Inst., III, 27). S. über den Quasikontrakt später beim Erbrecht (Bd. 2).

[2]) Denn das beim Empfänger vorhandene Bewußtsein der Nichtschuld schließt sogar nach römischem Recht einen Diebstahl in sich ein. L. 18 de cond. furtiva (13, 1): „ . . . furtum fit, cum quis indebitos numos sciens acceperit."

erscheint daher ganz konsequent und der vorstehenden Natur der Sache entflossen, wenn der Code Napoléon, Art. 1376, ausdrücklich erklärt: „Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, *s'oblige* à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu."

D. Usukapion.

Rechte, welche scheinbar aus bloßen Ereignissen entspringen, können sich, auch ohne durch das Familienrecht vermittelt zu sein (s. sub A), in solche auflösen, die, nach der Anschauung des Gesetzes, vielmehr der eigenen Willensaktion des Individuums entflossen sind.

Dies ist der Fall bei der Usukapion (Ersitzung) und den ihr analogen Verjährungsarten (longi temporis praescriptio und nonusus bei Servituten).

Die Usukapion kann zunächst erscheinen als ein Recht, das bloß durch den Ablauf eines Zeitraums entsteht; oder als ein bloß positives zur Vermeidung von Unsicherheit und Streitigkeiten vom Gesetz eingeführtes Zweckmäßigkeitsinstitut. Dann würde das aus ihr entspringende Recht als ein bloß vom Gesetz gegebenes, auch nach bereits vollendeter Usukapion durch ein dieses Institut aufhebendes oder ihre Folgen modifizierendes neues Gesetz getroffen werden müssen. Diese Folgerung tritt aber nicht ein, weil jene Voraussetzung, auf der sie beruht, eine irrige wäre.

Der durch die Usukapion vermittelte Erwerb entspringt vielmehr aus dem Bewußtsein und der Tätigkeit des Individuums. Ich vermeinige eine Sache dadurch, daß ich sie mit meinem Wissen (bona fides) und Willen als die meinige setze und einen bestimmten Zeitraum hindurch als solche behandele. Das Wissen ihrer als der meinigen ist daher erforderlich, weil sonst der

Wille, sie als die meinige zu setzen[1]), ausgeschlossen oder wegen seines dolus unwirksam wäre. Es ist also der animus domini, der bestimmte Wille des Individuums, eine Sache als die seinige zu setzen und zu behandeln, welcher sie ihm als die seinige erzeugt. Die Usukapion hat also eine analoge Natur wie die Okkupation einer herrenlosen Sache durch den individuellen Willen, nur, daß bei der Usukapion der Erwerb nicht durch die bloße Ergreifung geschehen kann, sondern das Individuum sie eine bestimmte Zeit hindurch als die seinige gewollt und behandelt haben muß, ohne daß in dieser Zeit der Eigentümer seinen Willen an ihr gesetzt hat. Nur die quantitative Bestimmung dieser Zeitdauer, welche der Wille und die Tätigkeit des Individuums braucht, um wirksam zu werden und die einem Dritten gehörende Sache für sich zu erwerben, ist wahrhaft positiver Natur an der Usukapion.

Ist daher die vom Gesetz gegebene Frist einmal abgelaufen, so ist die Usukapion als ein durch die individuelle Willensaktion vermittelter Erwerb ein wahrhaft erworbenes Recht, welches daher durch kein späteres die Usukapion modifizierendes Gesetz berührt werden darf.

Zugleich folgt gerade aus dem Gesagten von selbst, daß die quantitativen Fristen, innerhalb deren die Usukapion wirksam wird, als rein positive und nur vom Gesetz gegebene Bestimmungen, eben deshalb während ihres Laufes jedem Gesetzwechsel unterworfen bleiben

---

[1]) Es reicht deshalb nicht die Abwesenheit der mala fides hin, sondern es ist das positive Wissen der Sache als der meinigen notwendig, damit die Usukapion beginne, s. z. B. L. 1 C. de acqu. et ret. poss. (7, 32), per liberam personam ignoranti quoque possessionem adquiri, et *postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse* etc.

und durch ein Eintreten desselben sofort verlängert und resp. verkürzt werden müssen. Hier wird keine individuelle Handlung ex post verändert, da die wirksame individuelle Handlung bei der Usukapion nur die eine ist, welche erst mit ihrer Ausdehnung über den bestimmten Zeitraum vollbracht ist und die einzelnen Tathandlungen des Individuums bis dahin bloß eine faktisch vorbereitende, keine juristisch oder begrifflich wirksame Natur haben.

E. Unterlassungen. Klagverjährung; obligatio naturalis und civilis. — Erleichterndes Gesetz; Beweisförmlichkeiten und Formen für das Dasein eines zivilen Willens.

Rechte, welche aus bloßen Unterlassungen entstehen, sind durch individuelle Handlungen vermittelt und haben somit die Natur erworbener Rechte, wenn diese Unterlassungen ein verstecktes Handeln darstellen.

Dies ist der Fall, wenn Gesetze die Erhaltung von Rechten an ihre Wahrnehmung innerhalb eines bestimmten Zeitraums knüpfen (vgl. § 6). Das Nichthandeln innerhalb desselben wird hier zum Handeln; zur freiwilligen Entäußerung des vorhanden gewesenen Rechts. Dies tritt ein bei der Klagverjährung[1]).

Es ist dieser Gedanke, welcher Paulus zu dem Ausspruche bestimmt: „Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea quia non facit“ [2]).

Wenn hiernach seitens des Gläubigers bei der Klagverjährung stillschweigend ein freiwilliges individuelles

---

[1]) Wegen dieser ihrer eine freiwillige Handlung darstellenden Natur muß es daher heißen: „agere *non valenti non currit* praesciptio.“

[2]) L. 121 De R. J. (50, 17), cf. L. 28 pr. de V. S. (50, 16): Eum quoque *alienare* dicitur qui non utendo amisit servitutes.

Handeln vorliegt, so wird nicht weniger auf seiten des Verpflichteten ein solches nachweisbar sein. Denn wenn man auch hierauf die Regeln von der Schenkung und dem Verzicht anwenden will, nach welchen im allgemeinen stets Akzeptation erforderlich ist, um den Verzicht bindend zu machen[1]), so würde doch schon die allgemeine Annahme schwerlich eine erhebliche Schwierigkeit verursachen können, daß, wo der Verzicht ein stillschweigender ist, auch der Natur der Sache nach die Akzeptation desselben nur eine stillschweigende zu sein braucht, ja, häufig nur sein kann und daher hinreichend in dem Faktum der Nichtzahlung vorliegt. Hiermit würde auch übereinstimmen, daß in den sehr wenigen Fällen, wo Schenkungen durch bloße Unterlassungen zulässig sind[2]), eine besondere Akzeptation nicht gefordert wird und häufig selbst nicht denkbar erscheint.

In der Tat aber ist es zu einer gründlicheren Beseitigung dieser Schwierigkeit erforderlich, den Umfang der Entäußerung genauer zu bestimmen, welche in der Handlung des Berechtigten vorliegt, wobei sich zugleich Licht über eine andere vielbestrittene Frage ergeben wird. — In dem Eintretenlassen der Klagverjährung liegt seitens des Berechtigten nicht die notwendige Absicht, den Schuldner zu bereichern, es liegt nicht die positive Absicht notwendig darin, nicht bezahlt zu werden, sondern nur dies liegt darin: es auf den freien Willen des andern ankommen lassen zu wollen, ob er werde zahlen wollen oder nicht. Hieraus folgt also: es wird nur auf das Zwangsmittel zur Beitrei-

[1]) Vgl. von Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen (Marburg 1835), I, 208, und Fritz im Jur. Archiv, VIII, Nr. 15.

[2]) Vgl. Savigny, System, Beil. IX zu Bd. 4.

bung der Forderung verzichtet, nicht auf diese selbst[1]), oder, was hierdurch wieder notwendig gegeben ist, es wird nur auf den zivilen Charakter der Obligation verzichtet, die obligatio naturalis bleibt bestehen[2]).

Wer eine Schuld, die nur eine obligatio naturalis darstellt, freiwillig bezahlt oder expromittiert, schenkt dadurch nicht, weil er den andern dadurch nicht wirklich bereichert, sondern, obgleich er nicht durch Zwang zur Zahlung angehalten werden konnte, ihm doch nur leistet, was ihm ohnehin wirklich zustand[3]). „Der Umfang des Vermögens ist dadurch nicht erweitert"[4]).

---

[1]) Ein Gegensatz, den man gewöhnlich, obgleich nicht ganz angemessen, so ausdrückt: daß die actio, nicht das Recht, zerstört wird.

[2]) Aus der obigen Entwicklung scheint uns ein entscheidendes Licht auf die sehr kontroverse Frage zu fallen, ob die Klagverjährung eine obligatio naturalis übrig läßt oder nicht (s. die Literatur bei Savigny, System, V, 373, Note), eine Frage, die ohnehin von den meisten und angesehensten Autoren im bejahenden Sinne entschieden wird. Näher hier darauf einzugehen, ist nicht am Ort. Nur so viel ist zu bemerken, daß das hier von der Klagverjährung Gesagte natürlich nur von den persönlichen Klagen gelten kann. Bei den Klagen in rem liegt der Schwerpunkt in der von der Klagverjährung ganz verschiedenen Usukapion, d. h. in der individuellen Tätigkeit, bei welcher sich (s. oben sub D.) der individuelle Wille durch seine Tätigkeit die Sache als die seinige erzeugt (erwirbt), ganz unabhängig von dem Eigentümer, und daher actio und obligatio zugleich ausschließt. Die auch bei der Usukapion seitens des früheren Eigentümers unterlaufende Nichthandlung und Klagverjährung tritt hier ganz in den Hintergrund und gibt nur die bloße Möglichkeit für den Usukapienten ab, sich das Eigentum zu erzeugen.

[3]) L. 19, § 4 de don. (39, 5); L. 64 de cond. indeb. (12, 6) „. . . naturale agnovit debitum."

[4]) Worte Savignys, IV, 53.

Dies wird daher, wenn durch die Klagverjährung die obligatio naturalis nicht aufgehoben wird, jeder auch für die Zahlung der verjährten Schuld gelten lassen müssen. Bewirkt die Zahlung der bloßen obligatio naturalis keine Bereicherung des Gläubigers, weil diese ohnehin im rechtlichen Sinne zu seinem Vermögen gehört, so kann auch die in einer Unterlassung stehende Handlung, durch welche eine zivile Obligation zu einer bloß naturalen wird, keine rechtliche Bereicherung des Schuldners bilden. Dieser Rückschluß ist bereits von Savigny versucht worden[1]). Derselbe gerät jedoch dabei wieder ins Schwanken. „Für ganz entscheidend," sagt er[2]), „dürfte indessen dieser Grund nicht gelten. Die naturalis obligatio hat ihren Halt, abgesehen von zufälligen Zwangsmitteln, in der rechtlichen Gesinnung des Schuldners, und darum hauptsächlich gilt hier die freiwillige Zahlung oder Expromission nicht als Schenkung, sondern als gewöhnliche Schuldenzahlung. Wenn aber der Gläubiger die Klagverjährung wissentlich ablaufen läßt, welches nur eine Form des Erlasses ist, so ist durch dessen Willen in dem Schuldner jener Beweggrund (der freiwilligen Pflichterfüllung) aufgehoben."

Es muß aber bereits klar sein, auf welcher nicht hinreichend scharfen Unterscheidung dieser Einwurf, den Savigny sich macht, beruht, und wie er mit der obigen Begriffsbestimmung von selbst verschwindet. Es ist nämlich nicht wahr, daß die Klagverjährung eine „Form des Erlasses" ist. Denn die Schuld selbst wird bei

---

[1]) System, IV, 583: „Da nun durch die Klagverjährung lediglich eine civilis obligatio in eine naturalis verwandelt wird, so scheint auch diese umgekehrte Veränderung nicht als Schenkung betrachtet werden zu dürfen."

[2]) Das. Note a.

ihr nicht erlassen[1]), sondern nur, indem auf die Zwangsmittel verzichtet wird, die Bezahlung derselben in den rechtlichen Willen des Schuldners gestellt[2]).

Indem nun aber der rechtliche Wille auf die freiwillige Pflichterfüllung gerichtet sein soll, fällt, weil eben nur an diesen Willen appelliert, die Schuld selbst aber nicht erlassen worden ist, der Beweggrund der freiwilligen Pflichterfüllung durchaus nicht fort und die naturalis obligatio bleibt bestehen. Oder, was der richtigere und den

---

[1]) Dies beweist sich aufs strengste durch die juristische Wirkung, welche der naturalis obligatio noch immer als *exceptio* zukommt, z. B. zum Behuf der Kompensation oder bei dem Pfandrecht usw. Eine solche fortdauernde juristische Wirksamkeit der naturalis obligatio wäre ja aber schlechterdings unmöglich, wenn durch die Reduzierung der *civilis obligatio* auf die *naturalis obligatio* die Schuld selbst erlassen würde [gleichviel ob diese Reduktion durch Klagverjährung oder durch eine andere ebenso wirkende Ursache vor sich geht, wie z. B. die Prozeßverjährung, von der ja ganz positiv feststeht, daß sie — L. 8, § 1 ratam rem (46, 8) — ein „naturale debitum," das kompensiert werden kann usw., zurückläßt]. Ja, wer einmal, wie Savigny, der Ansicht ist, daß die Klagverjährung eine naturalis obligatio bestehen läßt, der müßte dann ja, weil doch durch sie eben gar nichts anderes bewirkt wird als die Reduktion der civilis auf die naturalis obligatio, wenn diese dennoch einen Schulderlaß in sich schließen soll, ebenso gut bei allen anderen freiwilligen Handlungen, durch welche ich Anlaß zu einer diese Reduktion bewirkenden exceptio (z. B. zur exceptio SC. Macedoniani) gebe, einen solchen Erlaß der Schuld annehmen.

[2]) Dies ist also der durchgreifende Gedankenunterschied zwischen dem Eintretenlassen der Verjährung und zwischen der Akzeptilation oder dem Paktum, welche eben den Erlaß der Schuld selbst darstellen und deshalb durch ihre Vertragsform auch die besondere Akzeptation des Schuldners erfordern.

wahrhaften Grund enthaltende Ausdruck der Sache ist, es ist wegen des Verzichts auf den Zwang noch nicht die positive Absicht, den Schuldner zu bereichern, vorhanden. Der Gläubiger hat sich nur der Zwangsmittel entäußert, nicht der Forderung selbst. Diese freiwillige, aber auf die bloßen Zwangsmittel beschränkte Entäußerung des Gläubigers liegt sogar auch dann vor, wenn derselbe aus bloßer Nachlässigkeit die Klagverjährung eintreten ließ. Denn wer sich um die Formen und Bedingungen, welche ihm das jus civile zur gesicherten Erlangung seiner Rechte vorschreibt, nicht bekümmert, verzichtet allerdings freiwillig auf diese ihm durch das positive Recht dargebotene Sicherheit und kann somit um jedes zivile Mittel zur Durchführung seiner Ansprüche kommen; allein eine positive Absicht zu schenken ist auch bei ihm nicht vorhanden[1]).

Wenn aber feststeht, daß die Klagverjährung seitens des Gläubigers, obwohl eine freiwillige Handlung desselben und eine Entäußerung der Zwangsmittel darstellend, dennoch keine notwendige Absicht zu bereichern in sich schließt, so ist damit auch erklärt, warum bei diesem Verzicht keine besondere Akzeptation hinzuzutreten braucht, um denselben bindend zu machen.

---

[1]) Die Klagverjährung ist, wie ihr Begriff und ihre Geschichte gleichmäßig zeigen, zunächst ein rein positives Rechtsinstitut. Zu einer Willensaktion des Individuums wird sie erst dadurch, daß unter dem Dasein dieses Gesetzes das Individuum die von demselben gegebenen Fristen, welche ihm zur Wahrung seiner Rechte gestellte Bedingungen ausmachen, freiwillig verstreichen läßt. Das ursprünglich rein legale Recht wird also, wie bei der Klage (s. § 3 und 6), durch Ergreifung desselben durch das Individuum zu einem individuellen, nur daß hier die Handlung in der Form des Nichthandelns auftritt.

In der Tat liegt aber diese Annahme, stillschweigend wie der Verzicht des Gläubigers, ebenso auf Seite des Schuldners vor.

Wenn der Gläubiger durch seine Unterlassung erklärt, daß die Zahlung der Schuld auf den Willen des Schuldners ankommen solle, so ist die Unterlassung des letztern — das Nichtzahlen innerhalb der Verjährungsfrist — gleichfalls ein verborgenes Handeln, durch welches er dies annimmt, daß es von nun an auf seinen Willen ankommen solle[1]). Dies ist auch dann der Fall, wenn der Schuldner aus bloßer Sorglosigkeit oder Unkenntnis der Schuld nicht gezahlt hat. Diese Sorglosigkeit und Unkenntnis selbst drückt gewiß aus, daß er damit zufrieden ist, wenn zivile Zwangsmittel gegen ihn untergehen und die Erfüllung seiner rechtlichen Pflichten in seine natürliche und moralische Verbindlichkeit übergeht[2]). Wer dies nicht will, wer den Gläubiger gegen sich selbst oder z. B. seine eigenen Erben sichern will, der muß sich um seine Schulden bekümmern und vor dem Ablauf der Verjährung zahlen. Es liegt also ein zwar stillschweigen-

[1]) Es fällt von hier aus ein Blick mehr auf die Bedeutung der Regel des Ulpian, L. 1 de except. (44, 1): „Agere enim is videtur qui exceptione utitur, nam reus *in exceptione actor est.*“ Wenn der handelt, der sich einer Exception bedient, so handelt gewiß auch der, der sich durch willkürliches Nichthandeln diese Exzeption schafft.

[2]) Die bestimmte Hervorhebung dieses Punktes ist durchaus nicht überflüssig, denn es verhält sich allerdings so, daß keinem eine Vermögensvergrößerung wider seinen Willen aufgezwungen werden und hierin sogar eine injuria liegen kann; s. Böcking, Pandekten des römischen Privatrechtes, I, 366, Note 12. Aus dem Obigen folgt nun aber auch, daß der Schuldner trotz der bereits eingetretenen Klagverjährung vom Gläubiger nicht gehindert werden kann, die verjährte Schuld zurückzuzahlen.

des, aber deshalb nicht weniger vollständiges beiderseitiges Übereinkommen vor, durch welches ein ursprüngliches Geschäft des Zivilrechts aus der Sphäre des Zivilrechts heraus- und in den freien naturalen Willen hineinversetzt wird, gerade so, wie es den Parteien ja von vornherein freigestanden hätte, ihre Handlungen so einzurichten, daß sie gleich ursprünglich den Kreis des Zivilrechts vermieden und nur ein Verhältnis zu dem bloß natürlichen Willen begründeten.

Wenn unter einem Gesetze, welches bei einem Darlehnsvertrage die zivile Gültigkeit der Zinsverabredung von dem Dasein eines schriftlichen Vertrags abhängig macht [1]), der Gläubiger unter bloß mündlicher Verabredung auf Zinsen borgt, so ist hierbei gewiß von keiner Absicht zu bereichern seitens des Gläubigers die Rede. Diese ist durch seine eigene Handlung — die mündliche Verabredung Zinsen zu zahlen — vielmehr ausdrücklich ausgeschlossen, und die Errichtung eines schriftlichen Vertrags nur wegen eines Vertrauens auf die Gesinnung des Schuldners oder aus Nachlässigkeit unterlassen worden. Aber diese Verpflichtung wurde durch die Unterlassung des schriftlichen Vertrags von beiden Seiten von vornherein außerhalb der Zivilrechtssphäre in den bloß naturalen Willen des Schuldners gesetzt und bleibt daher nur an diesen gebunden.

---

[1]) So z. B. Allgemeines Landrecht, T. I, Tit. 11, § 729: „Soll aber ein Darlehensvertrag auf eine andere bestimmte Zeit gegen Interessen oder auf andere Bedingungen geschlossen werden, so ist, wenn dem Gläubiger eine Klage auf Erfüllung dieeser Verabredungen zustehen soll, ohne Unterschied der geliehenen Summe ein schriftlicher Vertrag erforderlich."

Da somit ganz ebenso die Klagverjährung das beiderseitige Übereinkommen in sich schließt, die Erfüllung einer früher zivilen Verpflichtung jetzt in den naturalen Willen des Schuldners zu setzen, so wird natürlich dieses Übereinkommen, wenn es einmal, durch Ablauf der Frist, eingetreten ist, durch spätere, die Klagverjährung aufhebende Gesetze nicht mehr geändert, während ebenso natürlich solche während der Verjährungsfrist — also ehe ein Übereinkommen vorliegt — eintretende, die Verjährung aufhebende oder modifizierende Gesetze sofort einwirken müssen.

Vielleicht würde man gegen diese Darstellung einwenden wollen, sie laufe, da sie die Klagverjährung als ein Übereinkommen auffaßt, welches die Schuld zwar nicht erläßt, aber ihre Entrichtung nur an den naturalen Willen des Schuldners bindet, auf eine Stipulation hinaus, durch welche der Schuldner unter der Bedingung, si velit, etwas verspricht, eine bekanntlich das Dasein einer Obligation ganz vernichtende Stipulation [1]). Diese Vergleichung ist zwar von scheinbarer, in der Tat aber von gänzlich täuschender Natur. Wenn ich stipuliere und dabei meine Verpflichtung an die bloße Bedingung meines Willens binde, so begehe ich den sich selbst aufhebenden Widerspruch, daß ich gleichzeitig mich zivilrechtlich verpflichte, und diese zivilrechtliche Verpflichtung zugleich auch wieder aufhebe, indem ich sie an meinen natürlichen Willen binde. Durch diese Gleichzeitigkeit stellt die Erklärung einen sich absolut zerstörenden inneren Widerspruch dar. Indem ich zugleich stipuliere und die

---

[1]) L. 17; L. 46, § 3; L. 108, § 1, de verb. oblig. (45, 1); L. 7 pr. de contr. emt. (18, 1); vgl. Allgemeines Landrecht, T. I, Tit. 4, § 108, und Code Napoléon, Art. 1174.

Stipulation wieder aufhebe, habe ich notwendig nichts getan[1]).

Ganz anders stellt sich das Verhältnis in dem von uns betrachteten Fall. Hier ist — bei der Klagverjährung —, indem der zivilrechtliche Zwang nicht, wie bei der rein potestativen Stipulation, durch die Übereinkunft selbst erst gesetzt wird, sondern ihr vielmehr vorausgeht[2]),

---

[1]) Durch ein interessantes Urteil entschied der Pariser Kassationshof am 31. Dezember 1843 (Sirey, 35, 1, 525), daß ein Kaufkontrakt, welcher die Bestimmung enthielt, daß der Kaufpreis zahlbar sein solle *„à la volonté* de l'acquéreur" und bis dahin jährlich exigible Zinsen tragen solle, keine ungültig machende potestative Bedingung in sich schlösse, weil er eine Rentenkonstitution darstelle. — Wir halten die Entscheidung für richtig, aber schwerlich das so ausgedrückte Motiv. Einen Rentenkonstitutionsakt hatten die Parteien nicht beabsichtigt, und schon deshalb konnte der Akt nicht wohl für einen solchen ausgegeben werden. Aber durch die jährlich exigibeln Zinsen war allerdings hervorgebracht, daß der Akt nicht den oben entwickelten Widerspruch enthielt, einen zivilen Willen zu setzen und ihn wieder gänzlich aufzuheben und der naturalen Freiheit unterzuordnen. In bezug auf die Hauptstipulation, die Kaufpreiszahlung, war dies der Fall. Aber es blieb die zivile Verpflichtung, dann Zinsen zu zahlen. Es war somit etwas getan, ein ziviler Zwang übriggeblieben und somit die Selbstzerstörung, welche, wie oben gezeigt, das Wesen der conditio si velit bildet, nicht vollbracht.

[2]) Mit diesem Vorausgehen des Zwangsverhältnisses hängt es auch zusammen, daß bei der Erbeinsetzung des Suus, welcher unfreiwilliger Erbe ist, die Hinzufügung der Bedingung si velit nicht ungültig ist, sondern seine Verpflichtung vielmehr wirksam aufhebt und den Erwerb der Erbschaft für ihn zu einem freiwilligen macht (L. 86 de her. inst., 28, 5; L. 12 de cond. inst., 28, 7). Man kann nicht sagen, es komme dies daher, weil dem Suus durch das Testament auch erst das — durch die Willensbedingungen nur modifizierte — Recht übertragen werde. Der Suus empfängt das Recht nicht

und durch sie nur aufgehoben wird, allerdings etwas getan worden, und zwar etwas sich selbst durchaus nicht Widersprechendes und sehr Wirksames[1]).

Gesetze über Klagverjährung — dies war das Resultat unserer Entwickelung — können deshalb auf bereits verjährte Forderungen nicht rückwirken, weil, wenn einmal durch die beiderseitige individuelle Willensaktion in gültiger Weise eine Verpflichtung von dem bloß naturalen Willen abhängig und dem Zivilzwange entsagt worden ist, diese Beschränkung der Verpflichtung auf den naturalen Willen und diese Entsagung auf den Zivilzwang durch spätere Gesetze nicht verändert werden können, ohne frühere individuelle Handlungen zu alterieren und ihre Wirksamkeit zu entstellen.

---

durch das Testament. Er hat es vor demselben und trotz desselben, wenn er in ihm präteriert ist. Damit er es nicht habe, muß er formell exherediert, das Recht ihm also durch das Testament erst genommen sein. Auch wird, da der Suus ja eben zur Erbschaft gezwungen ist, durch das si velit nicht sein Recht, sondern nur seine Verpflichtung aufgehoben, und es ist dies also allerdings eine Bestimmung, durch welche die Verpflichtung eines Verpflichteten an seinen naturalen Willen gebunden wird. Die Zulässigkeit kommt daher, daß die zivilrechtliche Verpflichtung dem Testament bereits vorhergeht und durch dasselbe nur aufgehoben, nicht gesetzt und aufgehoben zu gleicher Zeit wird. — Nicht hierher zu ziehen ist der ganz anders zusammenhängende Fall der conditio si velit beim Legat.

[1]) Und ebenso liegt in dem obigen Beispiel, wo kein schriftlicher Vertrag über die Zinsverabredung gemacht wurde, nicht der logische Widerspruch vor, zugleich eine zivile Pflicht einzugehen und sie an den naturalen Willen zu binden, d. h. aufzuheben, sondern es ist nur eine Verpflichtung des bloß naturalen Willens hervorgebracht und die Zivilsphäre in bezug hierauf ganz vermieden worden; ein ganz logisches und darum vollständig wirksames Tun.

Damit haben wir aber zugleich das Gesetz für eine sehr wichtige Frage entwickelt, die nur in diesem Zusammenhange in ihrer wahren Natur zu begreifen ist, und deren Verkennung die falschesten Entscheidungen zur Folge gehabt hat. Diese Frage wäre, bei strengster Festhaltung der logischen Disposition des Werkes, erst an anderer Stelle zu entwickeln. Da aber ihre Beantwortung ihrer inneren Natur nach ganz aus der letzten Entwickelung resultiert, so ist es ein wesentlicher Vorteil der Kürze und Deutlichkeit, dieselbe gleich hier anzureihen. Es wird daher im Interesse der logischen Disposition genügen zu bemerken, daß hier eigentlich der § 2, d. h. der Nachweis des versteckten *Umfangs* des Begriffes, sein Ende erreicht hat und der nachfolgende Exkurs nur deshalb hier seine Stelle findet, weil die betreffende Frage doch nur im Zusammenhange mit der gegenwärtigen Entwickelung zu begreifen ist und durch ihre Einreihung hierselbst daher sonst unerläßliche weitläufige Wiederholungen vermieden werden. — Wir stellen die Frage gleich so, wie sie ihrer begrifflichen Natur nach wirklich gestellt werden muß, obgleich sie in den Fällen, in welchen sie innerlich zur Anwendung kam, eben *nicht* so gestellt worden ist und hieraus dann die irrigen Entscheidungen fließen mußten.

Wie wird es sich nämlich verhalten, wenn der *bloß naturale Wille* durch eine Änderung in der Gesetzgebung in die Lage kommt, nunmehr auch den Anforderungen zu entsprechen, die an das Dasein eines *zivilen* Willens gestellt werden? Wird die zur Zeit der Handlung in den bloß naturalen Willen gesetzte Verpflichtung durch das neue Gesetz, wenn nach diesem dieselbe Handlung jetzt auch zur Begründung eines *zivilen* Willens hinreichen würde, hierdurch nachträglich zu einer zivilen Verpflichtung?

Die Frage braucht aber nur so gestellt und durch diese Art der Fragestellung in ihre wahrhafte begriffliche Natur aufgelöst zu werden, um nach dem oben Entwickelten ihre unbedingte Verneinung gewiß zu machen. Denn es würde sonst eine unzweifelhafte Rückwirkung vorliegen. Es würde durch diese vom Individuum ungewollte Verwandlung seines naturalen Willens in einen zivilen ihm Gewalt angetan, die Freiheit, die es sich vorbehielt, aufgehoben und seiner Handlung eine größere Wirksamkeit aufgezwungen, als sie nach der Absicht der sich mit der Verpflichtung des naturalen Willens begnügenden, dem Zivilzwange entsagenden Individuen hatte und haben sollte.

Dies kommt zunächst zur Anwendung bei der schon oben (S. 226, Anm. 1) beispielsweise angezogenen Vorschrift des Allgemeinen Landrechtes, nach welcher die Zinsverabredung beim Darlehn nur dann eine Klage „auf Erfüllung dieser Verabredung" erzeugen soll, wenn ein schriftlicher Vertrag darüber geschlossen worden.

Wenn nun ein neues Gesetz diese Notwendigkeit des schriftlichen Zinsversprechens aufhöbe, würde eine unter dem Allgemeinen Landrecht getroffene mündliche Zinsverabredung dadurch wirksam werden? Man entscheidet diese Frage verneinend, und diese Entscheidung ist richtig. Aber es ist nicht bloß von theoretischem, sondern, wie sich bald zeigen wird, von handgreiflich praktischem Interesse, darzutun, wie die Gründe, auf welche man diese Entscheidung stützt, nicht erschöpfend sind und deshalb in ihren Konsequenzen auf große materielle Irrtümer geführt haben und führen mußten.

Man gründet diese Entscheidung darauf, daß die Form eines Rechtsgeschäftes stets nach den Gesetzen zur Zeit seiner Vollbringung zu beurteilen sei, und verwechselt dabei, sie unterschiedslos als identisch betrachtend, die-

jenige Form des Rechtsgeschäftes, welche nach dem Gesetze zum Dasein eines zivilen Willens überhaupt erforderlich ist, und diejenige Form, welche vom Gesetze bloß für die Beweisfähigkeit einer Handlung gefordert wird.

Wenn man diese Unterscheidung nicht macht, so ist die Formel, daß es in bezug auf die Form des Rechtsgeschäftes auf das Gesetz zur Zeit der Handlung ankommt, zwar unbedingt richtig, wenn das spätere Gesetz die Formen des Rechtsgeschäftes erschwert. Denn hier würde durch die Anwendung des späteren Gesetzes die früher gewollte Handlung des Individuums vernichtet werden. Aber die Formel wird sofort schwierig und zweifelhaft, wenn das neue Gesetz die Form des Rechtsgeschäftes nicht erschwert, sondern erleichtert, und seine Anwendung somit nur die Aufrechterhaltung des individuellen Willens hervorbringt. Hier wird die Formel nicht mehr unbedingt gelten[1]), und auch wo sie gilt, scheint sie ihren inneren Grund, ihre begriffliche Wahrheit zu verlieren. In der Tat, worauf gründet sich jene Formel, daß der Kontrakt nach den Gesetzen zur Zeit seiner Schließung zu beurteilen sei? Darauf, daß die individuelle Willensaktion nicht rückwirkend denaturiert werden darf. In dem von uns unterstellten Falle war aber die individuelle Handlung die, daß der Schuldner, wie wir voraussetzen, eingestandenermaßen Zinsen zu leisten verabredet hat. Wie also, wenn nicht weiter unterschieden wird, könnte er sich bei Anwendung des neuen Gesetzes über rückwirkende Entstellung seiner individuellen Willensaktion beschweren?

---

[1]) Z. B. nicht bei den Testamenten, vgl. Allgemeines Landrecht und unten § 11.

Die hier entwickelte Schwierigkeit gewinnt nur eine äußere Konsistenz mehr unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechtes durch den § 17 der Einleitung desselben, welcher verordnet:

„Frühere Handlungen, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeit nach den älteren Gesetzen ungültig sein würden, sind gültig, insofern nur die nach den neueren Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten zur Zeit des darüber entstandenen Streits dabei angetroffen werden."

Allerdings wird dieser Paragraph von fast allen Schriftstellern (Savigny, VIII, 409fg.; Bornemann, S. 17fg.) hart getadelt. Aber seine relative Richtigkeit, die wohl hier bereits durchschimmert, wird uns bald ganz deutlich zutage treten. Und jedenfalls muß diese gesetzgeberische Bestimmung das Gewicht der eben entwickelten begrifflichen Einwendungen gegen die ausreichende Richtigkeit der Formel noch verstärken.

Faßt man die Formel tempus regit actum gar ausdrücklich, wie häufig geschieht, als eine Regel über die Beweisfähigkeit der Handlung auf, so bleibt sie richtig, wenn das neue Gesetz früher zulässige Beweismittel aufhebt. Denn die Beweiskraft, die der bestimmten Form einer individuellen Handlung nach dem Gesetze beiwohnt, ist ein von dem Individuum, das diese Handlung vornahm, wie jeder andere Teil seiner Handlung freiwillig Gesetztes und somit wie alles seiner Handlung Innewohnende von ihm Erworbenes[1]). Das Individuum

[1]) Diese erworbene Natur der in einer Handlung nach dem Gesetz zur Zeit ihrer Vollbringung liegenden Beweiskraft verkennt Bergmann gänzlich, wenn er S. 84 meint, daß nach der reinen Idee der Sache, die er in höchst gespenstischer Weise überall zu den positiven Rechten in Gegensatz bringt, auch das zur Zeit der Handlung zulässige Beweismittel durch

wählte diese Form der Handlung, weil sie nach dem Gesetze bereits genügte, den Beweis zu erbringen, und würde

---

das neue erschwerende Gesetz ausgeschlossen werden müßte. Er gründet dies darauf, daß es beim *Beweis* auf die *Überzeugung* des *Richters* ankomme, welche durchaus Sache der *Gegenwart* sei. „Es könnte demnach," sagt er, „bei jenem Resultat nicht darauf gesehen werden, ob die zu beweisende Tatsache in der Vorzeit geschehen sei, zu einer Zeit, wo man die Aussicht auf eine leichte Beweisführung hatte; es könnte nicht einmal darauf ankommen, ob sie bei einem pendenten Prozesse schon in der Vorzeit durch ein Urteil bestimmt gewesen, wie der Beweis einzurichten sei, oder ob damals die Beweisführung schon vorgenommen worden — denn allen diesen Rechten und Erwartungen müßte die *jetzige Wahrheit* derogieren." Dieses Räsonnement wurzelt offenbar nur in dem gänzlichen Verkennen des Begriffes der Rückwirkung, der nur in der Aufhebung individueller Handlungen und durch sie erworbener Rechte besteht und also ebenso gut auch auf das durch eine Handlung erworbene Recht ihrer Beweiskraft platzgreift. Erscheint auch der Beweis dem Richter nach seinen jetzigen Urteilsnormen nicht mehr als eine *Wahrheit* begründend, so können doch die Parteien innerhalb der Privatrechtssphäre, *weil und soweit* sie hier über das Objekt des Rechtsverhältnisses selbst *willkürlich transigieren können*, mit derselben gültigen und für den Richter verbindlichen Willkür bestimmen, was *für sie* eine Wahrheit oder derselben gleichstehende *Wirksamkeit* begründen solle. Die Pflicht des Richters, die Wahrheit nach *seinem* Bewußtsein zu untersuchen, tritt nur ein, insoweit eine solche Bestimmung von den Parteien *nicht* getroffen oder insoweit es sich um Dinge handelt, über welche die Privatwillkür *nicht transigieren* kann, weil sie dem jus publicum entflossen (hierüber s. § 7). Aber auch bei diesen kann nicht die Rede davon sein, einer vollbrachten freiwilligen Handlung den Zeugenbeweis zu versagen, weil ein späteres Gesetz nur im schriftlichen Beweis die Wahrheit erblickt. Denn es würde diese Anwendung des neuen Gesetzes nicht bloß die *jetzige Beweiskraft* der Vorschrift desselben unterwerfen, sondern vielmehr hervor-

andernfalls eine andere Form gewählt haben. Hier also kann man allerdings die Fiktion anwenden, daß die Individuen beim Kontrakt auch über die Zulässigkeit der zur Zeit gesetzlich zulässigen Beweismittel kontrahieren. Aber ganz anders stellt sich die Frage, und ganz falsch wird die Anwendung dieser Formel da, wo das neue Gesetz früher nicht zulässige Beweismittel zuläßt, z. B. den Zeugenbeweis, wo er früher ausgeschlossen war. In dem ersten Fall hat der Kontrahent durch die damals beweisfähige Form, die er für seine Handlung wählte, diese Beweisfähigkeit als einen Teil der Handlung bildend zu einem Erworbenen gemacht. In dem zweiten Fall hat er, da er keine Handlung wählte, die nach dem damaligen Gesetze beweisfähig war, keinen Beweis seiner Handlung erworben, er hat nur kein erworbenes Recht auf Beweis, und steht somit schon darum unter der sofortigen Einwirkung des Gesetzes. Denn woher sollte er das Recht erworben haben, sich durch keine andern Beweismittel beweisen zu lassen, als durch die zur Zeit des Rechtsgeschäftes gesetzlich zulässigen, die er aber noch dazu damals nicht ergriff und in individuelle Handlungen verwandelte, die also um so mehr bleiben, was sie waren: bloße gesetzliche Bestimmungen?

---

bringen, daß die in mündlicher Form geschehene und nach dem Gesetze zur Zeit ihrer Vollbringung in dieser Form gültige und wirksame individuelle Handlung durch das neue Gesetz zu einem, weil nicht in schriftlicher Form gehandelt würde, ungültigen und unwirksamen Handeln herabgesetzt würde. Es würde also die Anwendung des Gesetzes sich aus einer Anwendung auf die jetzige Beweiskraft in eine Anwendung auf die formelle Perfektion der damaligen Handlung verkehren, d. h. in die schreiendste Rückwirkung, in die nachträgliche Vernichtung der formellen Gültigkeit individueller Handlungen.

Zur Zeit der Handlung waren diese Beweismittel unzulässig. Aber nur durch die Kraft des Gesetzes. Welche Beweismittel zulässig sein sollen — dies ist eine bloße Bestimmung des Gesetzes, an und für sich ganz unabhängig vom Willen des Individuums. Diese Bestimmung ist nun auch in keiner Weise vom Individuum verseinigt worden, denn durch Nichthandeln — in der gesetzlich beweisenden Form, ein weiteres liegt nicht vor — erwirbt sich keiner Rechte, zu deren Erzeugung ja eben die individuelle Handlung erforderlich ist. Noch deutlicher wird dies vielleicht in folgender Wendung: Die Zulässigkeit eines Beweismittels kann erworben werden, wenn das Individuum dieselbe eben zu seiner Willensaktion und Handlung macht. Sie überdauert daher den Gesetzwechsel. Die Unzulässigkeit eines Beweismittels dagegen ist eine rein prohibitive Bestimmung des Gesetzes, die somit von der individuellen Willkür unabhängig, niemals von selbst und stillschweigend als ein durch sie Gesetztes erscheinen kann. Um sie zu einem solchen zu machen, bedürfte es einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung darüber, daß dies Beweismittel durch den Willen der Parteien stets ausgeschlossen bleiben soll, und eine solche Vertragsbestimmung liegt nicht vor, wo kein schriftlicher Vertrag vorliegt, oder würde sich eventuell wieder nur durch Zulassung des Zeugenbeweises erweisen lassen können. Darin aber, daß die Parteien das gesetzlich unzulässige Beweismittel nicht ausdrücklich als zulässig bestimmt haben, liegt um so weniger eine stillschweigende Ausschließung seiner Zulässigkeit durch ihre eigene Willkür vor, als vielmehr eine solche Stipulation, solange das prohibitive Gesetz bestand, ganz ohne Wirkung geblieben wäre. Die übliche Fiktion, die gesetzlichen Verordnungen

als stillschweigend von den Parteien in den Kontrakt geschriebene Willensbestimmungen zu betrachten, läßt sich nur auf solche Gesetze anwenden, die vermittelnder, nicht absoluter Natur sind, d. h. auf solche, die auch ein Abweichen von ihrer Vorschrift der individuellen Willkür gestatten. Hier wird durch das Nichtabweichen von der gesetzlichen Regel der Rückschluß begründet, daß der individuelle Wille, gerade weil er von der gesetzlichen Regel abweichen konnte und dies nicht tat, auch nicht abweichen wollte und somit ihren Inhalt als seinen individuellen Willen und Bedingung stillschweigend in den Kontrakt gesetzt hat. Allein jede logische Möglichkeit dieses sich nur auf das Abweichen können gründenden Schlusses fällt fort, wo das Gesetz ein absolutes und deshalb den individuellen Willen ausschließendes war[1]). Das Festhalten jener Formel für diesen Fall, in welchem ihr Sinn verschwunden, wird zum sinnlosesten Formelkram! Ebenso liegt in dem Nichthandeln in der damals

[1]) Es ist nur dieselbe streng logische Unterscheidung, welche z. B. das französische Gesetz vom 18. Pluviôse V veranlaßt hat, einen Unterschied zu machen zwischen den Erbschaftsentsagungen der Töchter, welche vor dem die Gleichheit im Erbrecht herstellenden Gesetz vom 8. April 1791 unter Gewohnheitsrechten ausgegangen waren, welche die Töchter ohnehin von der Erbschaft ausschlossen und unter solchen, welche das nicht taten. Auf den Vorschlag von Tronchet entschied der gesetzgebende Körper, daß die Töchter, welche früher unter der Herrschaft der Coutûmes d'exclusion entsagt hatten, schon zu den vom Datum des Gesetzes vom 8. April 1791 ab eröffneten Erbschaften berufen sein sollten, da diese Renonciationen nur „comme surérogatoire" zu betrachten seien; daß dagegen die Töchter, welche unter der Herrschaft von Coutûmes de non-exclusion entsagt hatten, erst von dem Konventsdekrete vom 5. Brumaire II ab, welches diese Entsagungen ausdrücklich vernichtet hatte, berufen sein sollten.

beweisenden Form nur, wir wiederholen es, ein Nichterwerben von Beweis, nicht ein Erwerben eines Rechtes auf Nichtbeweis! Dies wird noch evidenter daran, daß die Frage, ob mein Mitkontrahent mir einen Beweis wird erbringen können, eine Frage ist nach dem objektiven Dasein einer Tatsache, die somit, mindestens wenn nicht ein ausdrücklicher Verzicht meines Mitkontrahenten vorliegt, ganz außerhalb der rechtlichen Einwirkung meines individuellen Willens liegt. Denn wenn auch die zu beweisende Tatsache in meiner eigenen Handlung besteht, so ist dieselbe, ehe ich sie vornahm, Sache meines freien Willens, einmal vorgenommen aber zu einer objektiven und von mir unabhängigen äußeren Tatsache geworden, bei deren Nachweisung der Gegner es also durchaus nicht mit einem an meinen Willen Geknüpftes, sondern lediglich mit der richterlichen Überzeugung und der gesetzlichen Erlaubnis zu tun hat. Ein freiwilliger Verzicht aber auf den Zeugenbeweis, wo das Gesetz ihn ausschließt, ist gerade deshalb nicht bei ihm vorhanden, während sein Verzicht auf die beweisfähige Form des schriftlichen Vertrages nur ein Vertrauen und nichts hierüber Hinausgehendes, keinesfalls aber doch einen Verzicht auf Zeugen, sondern höchstens eben einen Verzicht auf Schrift darstellen können würde.

Wie sollte der Beklagte also in der Anwendung des neuen den Zeugenbeweis zulassenden Gesetzes eine Rückwirkung behaupten können? Die einzige Form, die einer solchen Behauptung zu geben wäre, wäre diese: Er habe damals ebendeshalb nur mündliche Verabredung getroffen, um überhaupt jeden Beweis seiner Handlung ausschließen, jede Spur ihrer Wirklichkeit verwischen zu können, und durch die Zulassung des Beweises verändere man die Ab-

sicht bei seiner individuellen Handlung, d. h. er würde seinen eigenen dolus einwenden und folglich nicht zu hören sein.

Wenn nichtsdestoweniger oben die Entscheidung (S. 231), daß auf die gegenwärtig unter dem Allgemeinen Landrecht getroffene mündliche Zinsverabredung nicht ein die Notwendigkeit des schriftlichen Vertrages aufhebendes neues Gesetz angewendet werden kann, von uns als richtig zugegeben worden ist, so beruht dies auf folgenden Gründen. Die in Rede stehende Vorschrift des Allgemeinen Landrechtes (T. I, Tit. 11, § 729) bildet gar keine Verordnung über die Beweisfähigkeit der Zinsverabredung. Indem sie nämlich sagt, es sei „wenn dem Gläubiger eine Klage auf Erfüllung dieser Verabredung zustehen soll", ein schriftlicher Vertrag erforderlich, unterstellt sie das wirkliche Dasein der mündlichen Verabredung und verweigert dennoch die Klage. Der Beklagte würde also hier die Wahrheit der vom Kläger behaupteten Zinsverabredung eingestehen können, und es wird gleichwohl die Abweisung der Klage folgen müssen. Dies heißt aber nichts anderes, als daß diese Vorschrift des Allgemeinen Landrechtes die schriftliche Errichtung hier nicht als Beweismittel des Vertrages auffaßt, sondern als Bedingung für das Dasein eines zivilen verbindlichen Willens überhaupt. Sobald diese Bedingung nicht eingetreten, ist nach dem Allgemeinen Landrecht in bezug auf die Zinsleistung die Verpflichtung nur in den naturalen Willen gestellt; der zivile Wille ist gar nicht verpflichtet worden und darum kein richterlicher Schutz vorhanden.

Ist aber von den Parteien etwas in den bloß naturalen Willen gestellt worden, so bleibt dies trotz alles Gesetzwechsels notwendig bestehen, und der bloß naturale Wille

kann durch ein späteres Gesetz nicht in einen zwingenden zivilen verwandelt werden, ohne die Wirksamkeit individueller Willenshandlung gewaltsam zu verändern.

Nun aber erst beginnt das praktische Interesse dieser Erörterung.

Wenn nämlich ein Gesetz, wie der Art. 1341 Code Nap.[1]), den Zeugenbeweis bei jedem Werte über eine bestimmte Höhe ausschließt, und nun z. B. ein Darlehn ohne schriftlichen Beweis geschlossen worden ist, wird, wenn ein neues Gesetz die Unzulässigkeit des Zeugenbeweises aufhebt, der Zeugenbeweis für jenes Darlehn zulässig sein? Französische und deutsche Autoren haben mit einer seltenen Einstimmigkeit die Formel festgestellt, daß, weil die Beweisfrage kein ordinatorium, sondern ein decisorium litis bildet, und somit „plus au droit qu'à la forme" gehöre, die Frage nach der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Zeugenbeweises lediglich nach dem Gesetz zur Zeit der Handlung zu beurteilen sei. So z. B. Merlin[2]): „Ainsi s'agit-il d'une preuve par témoins? La forme dans laquelle il doit être procédé, dans les matières qui en sont susceptibles, ne dépend que de la loi du temps où la preuve se fait. Mais la *question de l'admissibilité ou de l'inadmissibilité de cette preuve* ne peut être jugée que par la loi du temps où l'action a pris naissance." Die zahlreichsten Entscheidungen des Pariser Kassationshofes haben diese Formel bestätigt[3]).

[1]) Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs même pour dépôts volontaires, *et il n'est reçu* aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes etc.

[2]) Rép. de Jurispr. v⁰ Effet rétroactif, Sect. I, § 8, T. 5, S. 599.

[3]) S. Urteil des Pariser Kassationshofes vom 18. November

Zwar sind diese Entscheidungen, da der Code civil das strengere Gesetz bildete, in Fällen ergangen, wo das neue Gesetz den früher zulässigen Zeugenbeweis ausschloß und somit in ihrem Fall ganz richtig. Allein es unterliegt keinem Zweifel, daß auch im umgekehrten Fall, wenn in solchen Gebieten, wo bisher der Code civil gilt, ein den Zeugenbeweis zulassendes Gesetz eingeführt werden würde, die tötende Macht der Formel fortreißen und dieselbe Entscheidung herbeiführen würde. Ja, dies steht sogar ganz fest. Denn nicht nur bringt es die kategorische Form des angeführten Grundsatzes notwendig so mit sich, sondern die Schriftsteller fassen auch ausdrücklich diesen Fall, daß das neue Gesetz früher unzulässige Beweismittel zuläßt, ins Auge und behaupten gleichwohl die Anwendbarkeit jener Formel auch hierauf. So z. B. Merlin[1]): „S'il en est ainsi d'une loi ancienne qui admettait comme *probant* un acte à qui la loi nouvelle en refuse le caractère, si cet acte *conserve* sous la loi nouvelle la force probante que lui attribuait la loi ancienne, *il faut nécessairement dire, par la raison inverse, que la loi nouvelle ne peut pas rendre probante* un acte qui, d'après la loi sous laquelle il a été passé, ne pouvait pas faire preuve." Denselben falschen Rückschluß findet man ausdrücklich bei Bergmann[2]): „Wenn ferner für den Beweis gewisser Tatsachen besondere Beweismittel neu vorgeschrieben werden, welche sich zu verschaffen man bis dahin kein Interesse hatte, so können dergleichen Prozeß-

---

1806, vom 22. März 1810, vom 9. April 1811, vom 8. Mai 1811, vom 17. November 1829, vom 16. August 1831, vom 23. Mai 1832. Vgl. Toullier, T. IX, Nr. 61. Duranton, T. I, Nr. 66.

[1]) a. a. O., V, 569.

[2]) a. a. O., S. 170.

gesetze als solche durchaus nicht auf ältere Tatsachen angewendet werden. Und das darf eigentlich nicht etwa nur in der Beziehung gelten, wenn durch neue Rechtsformen die Beweisführung erschwert ist, sondern muß auch dann eintreten, wenn sich in den neuen Gesetzen eine Erleichterung findet, von der sich nicht nachweisen läßt, daß sie in den einzelnen Prozessen beiden Parteien gleichmäßig zugute kommen würde. Die Parteien können sich in solchen Fällen mit Recht darauf berufen, daß, wenn sie die Zulässigkeit eines solchen Beweismittels vorausgesehen, sie sich in Ansehung des direkten oder indirekten Gegenbeweises besser vorgesehen haben würden[1])."

Derselben Ansicht sind Savigny (VIII, 409 fg.) und Bornemann (S. 17 fg.), welche deshalb auch den oben bezogenen § 17 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht geradezu als theoretisch falsch verwerfen, ohne seine relative Richtigkeit anzuerkennen[2]).

Diesem Einklang der Autoren gegenüber ist es erforderlich, auf das unzweifelhafteste darzutun, wie in dem beispielsweise von uns gestellten Fall des unter der Herrschaft des Art. 1341 Code Nap. ohne schriftlichen Beweis gegebenen Darlehns ein späteres, den Zeugenbeweis zulassendes Gesetz schlechthin zur Anwendung kommen müßte.

Beeilen wir uns, den prinzipiellen Unterschied zu konstatieren, der diesen Fall von dem vorher erörterten der mangelnden schriftlichen Zinsverabredung trennt. Wir haben dort gezeigt, wie der Beklagte die mündliche Zinsverabredung eingestehen könnte, ohne verurteilt werden zu dürfen, wie also das Gesetz hierdurch den schrift-

---

1) Derselben Ansicht ist Struve, a. a. O., S. 27.

2) Ebenso Struve, a. a. O., S. 90.

lichen Vertrag nicht als bloßes Beweismittel, sondern als notwendiges Requisit für das *Dasein eines zivilen bindenden Willens* überhaupt hinstellt. Ganz anders in den Fällen des Art. 1341 Code Nap.; denn hier kann der Kläger, worüber kein Streit herrscht, durch gerichtliches Eingeständnis des Beklagten oder Eidesdelation an denselben beweisen, und der Beklagte muß dann verurteilt werden. Nur das bestimmte Mittel des Zeugenbeweises ist ausgeschlossen. Hiermit ist aber bewiesen, daß das Gesetz in diesem Falle die schriftliche Form *nicht* als Bedingung für die Existenz eines zivilen bindenden Willens — sonst würde weder Eidesdelation noch Geständnis des Beklagten helfen können, er würde ja immer nur einen naturalen, nicht zwingenden Willen eingestehen, und die Eidesdelation wäre deshalb sogar unzulässig —, sondern als *bloßes Beweismittel* fordert. Wenn dies aber bewiesen ist, so ist durch das vorher Gesagte auch erwiesen, daß nun die umgekehrte Folge eintreten und jetzt der Zeugenbeweis des neuen Gesetzes zulässig sein muß. Da der Beklagte hier seinen zivilen Willen verpflichtet hat, wie wird er in der Anwendung jenes Gesetzes eine *Rückwirkung* behaupten können? *Leugnet* er den ganzen mündlichen Darlehnskontrakt, so kann er nicht einwenden, daß ihm eine individuelle *Handlung* durch ein späteres Gesetz denaturiert werde. Denn er behauptet dann eben, *gar nicht gehandelt*, also auch nichts ausgeschlossen zu haben. Hier also, wo es sich um das geleugnete *Dasein* eines Kontraktes überhaupt handelt, wird die Formel von dem Gesetz zur Zeit des Kontraktes schlechthin sinnlos und unanwendbar. Ihre Anwendung würde nur zeigen, wie der Formelkram sogar den richtigen Gedanken tötet, aus welchem die Formel hervorging.

Leugnet der Beklagte nicht den Darlehnsvertrag selbst,

sondern nur einen Teil desselben, z. B. die Höhe der Summe oder eine Bedingung, so gibt er zwar eine individuelle Handlung zu, allein er kann, wie wir schon oben sahen, keine Denaturierung derselben behaupten. Durch den bloßen Erweis des Daseins und Inhalts einer Handlung wird dieselbe nicht geändert, sondern im Gegenteil ihre Integrität gegen einen nachträglichen Änderungsversuch des Handelnden aufrecht gehalten. Ein an und für sich in der Handlung eingeschlossenes Recht des Handelnden, dieselbe für nicht geschehen auszugeben, kann nicht gedacht werden; es wäre dies der logische Widerspruch selbst, da die einmal geschehene Handlung eben hierdurch aufhört, dem Willen des Handelnden anzugehören und zum objektiven Umstand wird. Auf Bergmanns Einwand, daß, wenn der Zeugenbeweis damals gesetzlich zulässig gewesen wäre, das Individuum sich in Ansehung des Beweises oder Gegenbeweises besser vorgesehen haben würde, ist zu entgegnen, daß die Ausschließung des Zeugenbeweises durch das Gesetz nicht ein Ausschließen desselben durch individuelle Willkür darstellt und diese Ausschließung daher nicht zu einer stillschweigenden Verabredung macht, die Ausschließung des Gesetzes aber mit dem Dasein aufhört; daß ferner, wenn das Individuum als ein solches erscheinen wollte, das bei seiner Handlung die schwankende und unsichere Natur des Zeugenbeweises habe vermeiden wollen, es zu diesem Zwecke gerade hätte in schriftlicher Form handeln und so die sichere Form des Beweises setzen müssen, daß es aber eine wahre logische Monstruosität ist, schließen zu wollen: weil ich nicht in schriftlicher Form, sondern nur mündlich gehandelt, habe ich hierdurch den mündlichen Beweis exkludieren wollen.

Eine Denaturierung der individuellen Handlung würde

also nur dann vorliegen, wenn das Individuum behauptete, es sei von vornherein bei seiner Handlung seine besondere Absicht gewesen, sie hinterher ableugnen zu können, und zu diesem Zwecke habe es damals den schriftlichen Beweis unterlassen. Durch diese Auslassung allein würde die Anwendung des neuen Gesetzes zu einer faktischen (aber nicht rechtlichen) Rückwirkung. Dieser Einwand kann aber nicht erhoben werden, weil er den eigenen dolus exzipieren würde, und selbst abgesehen hiervon, wegen des Eingeständnisses der Handlung, auf dem er beruht und beruhen muß, um faktisch erhoben werden zu können, durch dieses Eingeständnis allein den Rechtsstreit zu Ende bringt[1]).

Durch die vorstehende Diskussion muß sich nun bereits ergeben haben, welcher wahre und von den Tadlern desselben stets verkannte Gedanke dem § 17 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht zugrunde liegt, welcher verfügt, daß frühere Handlungen, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeit nach den älteren Gesetzen ungültig

---

[1]) Die im vorstehenden entwickelte Theorie ist anerkannt in zwei hannoverischen Verordnungen vom 14. April 1815 für das Fürstentum Hildesheim, § 137, und vom 13. September 1815 für die Kreise Meppen und Emsbüren (s. Hagemann, Sammlung der hannoverischen Landesverordnungen, Jahrgang 1815, S. 187 und 703). Die angezogenen Paragraphen dieser transitorischen Gesetze lauten: „Die Beschaffenheit der Urkunden und die davon abhängende Beweiskraft derselben werden nach den Gesetzen bestimmt, während deren Gültigkeit der Beweis geführt werden soll. Es sollen jedoch die vor Wiedereinführung der gemeinen Rechte errichteten Urkunden diejenige Beweiskraft behalten, welche sie nach den zur Zeit ihrer Errichtung gültig gewesenen Gesetzen gehabt haben, wenngleich sie nach den zur Zeit der Beweisführung gültigen Gesetzen eine geringere oder gar keine Beweiskraft haben würden."

sein würden, gültig sein sollen, insofern nur die nach den neueren Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten dabei angetroffen werden. Zuvörderst wirft man diesem Paragraphen vor, daß er in Widerspruch stehen solle[1]) mit den §§ 43, 44 des Tit. 4, Teil I des Allgemeinen Landrechts, welche verfügen:

„Eine Handlung, die wegen Verabsäumung der gesetzlichen Form von Anfang an nichtig war, kann in der Folge niemals gültig werden."

„Wird die Handlung in der gesetzmäßigen Form wiederholt, so gilt sie nur von dem Zeitpunkte dieser Wiederholung."

Andere haben diesen angeblichen Widerspruch in sehr unbefriedigender Weise versöhnen wollen[2]). Es ist zum Verwundern, daß man nicht gesehen hat, wie gar kein Widerspruch vorliegt und gar keine Versöhnung erforderlich ist. Im § 17 der Einleitung hat nämlich der Gesetzgeber nur den Fall vor Augen, daß eine Änderung in der Gesetzgebung eintritt, also eine Rechtsänderung. In den angeblich widersprechenden Paragraphen dagegen denkt der Gesetzgeber nur daran, daß nicht eine Änderung im Recht, sondern in der faktischen Handlung eintritt, wie z. B. durch Ratihabition. Dies müßte von selbst evident sein, ist übrigens auch dadurch völlig erwiesen, daß der § 17 in der Einleitung steht, welche „von den Gesetzen" handelt, jene §§ 43 und 44 aber in dem Titel 3, welcher „von den Handlungen" handelt[3]). Da beides an und für sich ganz ver-

---

[1]) Siehe Bornemann, a. a. O., S. 17.

[2]) Vgl. Koch, Lehrbuch, I, 131. Temme, Handbuch des preußischen Rechtes, S. 19.

[3]) Auch ist durch den oben zitierten § 44 des Tit. 3, T. I,

schiedene Arten von Veränderung sind[1]), so ist hier auch von keinem Widerspruch zu sprechen.

Es kann sich also nunmehr nur noch darum handeln, ob der § 17 der Einleitung in sich selber theoretisch falsch sei — Man hat bemerkt, daß diese Gesetzesstelle[2]) „auf Förmlichkeiten bezogen werden könne, welche entweder zur Beglaubigung dienen, wie die notarielle oder gerichtliche Form im allgemeinen, oder welche positiv vorgeschrieben werden, um auf richterlichen Schutz Anspruch machen zu können, wie die Schrift, oder im französischen Rechte die Vollziehung der Ehe durch den Zivilakt".

Das Verkennen liegt eben darin, daß man diese beiden Kategorien, aus welchen Förmlichkeiten vom Gesetz gefordert werden[3]), gleichfalls und gleichmäßig behandeln. will, während in ihnen gerade der konstitutive Unterschied ruht.

Wird die Förmlichkeit gefordert, „um auf richterlichen Schutz Anspruch machen zu können", wird also bei ihrem Mangel der Handlung, selbst im Falle des Eingeständnisses derselben durch den Handelnden, der Rechtszwang versagt, so ist es eine solche, die das

---

welcher ausdrücklich den Fall der Ratihabition ins Auge faßt, der nachgewiesene Gedanke unzweifelhaft belegt.

[1]) Siehe hierüber unten § 10.

[2]) Siehe Bornemann, a. a. O., S. 17; Koch, Lehrbuch, I, 131, und Temme, Handb. d. preußischen Rechtes, S. 19.

[3]) Wir sprechen nicht von zwei Arten der Förmlichkeiten; denn dieselbe Förmlichkeit, z. B. die Schrift oder die notarielle Form, kann vom Gesetz bald als bloße Beglaubigung (Beweis), bald als Bedingung des richterlichen Schutzes der Handlung selbst, d. h. als Bedingung des Daseins eines zivilen Willens überhaupt, gefordert werden. Aus welchem dieser beiden Gründe das Gesetz sie fordert, darauf kommt es an!

Gesetz als Requisit für das Dasein eines zivilen Willens überhaupt hingestellt hat, und bei deren Mangel sich daher nur der naturale Wille ohne Unterwerfung unter zwangsweise Aufrechterhaltung verpflichtet hat, so daß also nur eine, sei es in gewissen Fällen wirksame obligatio naturalis, sei es eine überhaupt rechtlich wirkungslose moralische Verbindlichkeit entstanden ist.

Wird die Förmlichkeit dagegen nur zur Beglaubigung der Handlung, also qua Beweismittel derselben gefordert, genießt also die Handlung, wenn sie zwar ohne jene Förmlichkeit vollbracht, aber gerichtlich eingestanden ist, den Zwangsschutz, so ist hierdurch bewiesen, daß nach der gesetzlichen Anschauung zur Zeit der Handlung von Anfang an ein ziviler und sich in zwingender Weise verpflichtender Wille beim Handelnden vorhanden war, so daß bei einer Aufrechterhaltung von einer Denaturierung desselben keine Rede ist. Indem jetzt die Förmlichkeit bloß die Bedeutung hat, den Beweis einer geschehenen Handlung zu erbringen, und einerseits niemand ein erworbenes Recht auf den Nichtbeweis seiner Handlung, andererseits der Gegner ein peremtorisches und erworbenes Recht hat, daß alles, was aus neuen Gesetzen folgt, auch für ihn da sei (s. § 12), insofern es nicht erworbene Rechte alteriert, so tritt die Zulässigkeit des neuen Beweismittels jetzt unbedingt ein.

Das durchgreifende und untrügliche Kennzeichen aber, ob eine Förmlichkeit vom Gesetz bloß qua Beweismittel oder qua Requisit des zivilen Willens selbst gefordert wird, liegt eben darin, ob die mangelnde Förmlichkeit durch Eingeständnis der Handlung oder eventuelle Eidesdelation ersetzt werden kann, oder selbst in diesem Falle der Handlung der Rechtsschutz versagt bleibt.

Der § 17 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht

verwirklicht somit einen durchaus richtigen theoretischen Gedanken, insoweit er die aus Mangel an Beglaubigungsförmlichkeiten ungültige Handlung gültig sein läßt, wenn sie nur den zurzeit des Streits vom Gesetz geforderten Förmlichkeiten entspricht. Und nur seine höchst ungenaue Terminologie ist zu tadeln, nach welcher auch solche Ungültigkeiten mit eingeschlossen zu sein scheinen können, welche das Dasein eines zivilen Willens selbst ausschließen. Daß aber wirklich etwas von dem dargelegten Unterschied dem Allgemeinen Landrecht vorgeschwebt hat, ergibt sich gerade aus der Vergleichung mit dem früher bezogenen § 43, Tit. 3, Teil I, wo bestimmt wird, daß diejenige Handlung in der Folge niemals gültig werden kann, welche „wegen Verabsäumung der gesetzmäßigen Form von Anfang an nichtig war". Denn unter Nichtigkeit einer Handlung wegen Verabsäumung der gesetzlichen Form wird man immer nur die Nichterfüllung solcher Formen verstehen können, welche vom Gesetz als Bedingung des Daseins eines zivilen wirksamen Willens hingestellt worden sind[1]).

Jetzt erst, nachdem gezeigt worden ist, wie auch die scheinbaren Begebenheiten, auf welche neue Gesetze nicht rückwirken dürfen, die durch das Familienrecht vermittelten Rechtstatsachen, besonders die Erbschaften, und ebenso auch dolus, Zwang, Irrtum, negotiorum gestio, Usukapion, Klagverjährung, nicht *qua* Begebenheiten, sondern nur um dessentwillen, weil sie individuelle Willensaktionen darstellen, erworbene Rechte bilden und die Anwendung späterer Gesetze ausschließen müssen, — jetzt erst kann davon die Rede sein, den von

[1]) Siehe die weitere Fortsetzung der obigen Untersuchung im § 11.

uns im § 1 entwickelten Begriff der individuellen Willensfreiheit als des alleinigen und wahrhaften Trägers des Nichtrückwirkungsgedankens nachgewiesen und durchgeführt zu haben. Noch im § 1 mußte es dem Leser scheinen, als sei das dort Entwickelte wenn auch richtig, doch schlechthin unzureichend, weil es in einem unlösbaren Widerspruch stehe mit der ebenso sehr durch alle Gesetzgebungen wie durch alles juristische Rechtsgefühl anerkannten Tatsache, daß auch auf viele bloße Begebenheiten und aus ihnen dem Individuum erwachsenden Rechte, wie Erbschaft usw., Rückwirkung nicht stattfinden dürfe. Erst nach dieser Auflösung dieser scheinbaren Begebenheiten in ihre innere Natur war es möglich, jenen Begriff als das waltende Gesetz der Sache zu erkennen und zur Durchführung zu bringen. Nichts mußte daher bis jetzt diese Erkenntnis so sehr hindern als die mangelnde Auflösung jener Begebenheiten. Es zeigt sich dies beispielsweise recht deutlich an dem § 14 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht, welcher ausdrücklich verordnet:

> „Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden."

Praktisch ist dies insoweit ganz richtig, als es gewisse Begebenheiten gibt, welche nicht unter die Einwirkung neuer Gesetze gestellt werden dürfen, was eben den täuschenden Schein erzeugte, als seien alle Begebenheiten dieser Einwirkung entzogen[1]). Theoretisch ist es sogar in

---

[1]) Auch hält daher das Allgemeine Landrecht selbst durchaus nicht daran fest, daß alle Begebenheiten der Einwirkung neuer Gesetze entzogen sein sollen. So ist der Anfang einer laufenden Verjährung bereits eine Begebenheit; zur individuellen Handlung eines Verzichtes (s. § 2 E.) wird sie aber erst mit dem Ablauf der Frist. Nun soll aber

bezug auf jene, von denen dies wirklich gelten muß, ganz falsch. Denn es gilt auch von ihnen nur, weil diese Begebenheiten eben ihrer innersten rechtlichen Natur nach nicht Begebenheiten, sondern eigene Willensaktionen darstellen. Dieses theoretische Selbstmißverständnis mußte aber wiederum auch praktisch zu ganz falschen Folgen führen, indem nun alle Begebenheiten, und auch bei den Handlungen nicht bloß das, was der eigenen Willensaktion, sondern auch das, was lediglich den Handlungen Dritter entflossen und somit für das Individuum wirklich eine bloße Begebenheit war, im Widerspruch mit dem eigenen Gedanken unter demselben Gesetze der Nichtrückwirkung zu stehen schien.

Dies ist jedoch nicht etwa infolge jenes Paragraphen des Allgemeinen Landrechts unter diesem Gesetzbuch mehr als anderwärts der Fall, findet vielmehr in ganz demselben Maße bei den römischen und französischen Juristen statt, in deren Gesetzbüchern nicht, wie im § 14 des Allgemeinen Landrechts, noch außer den Handlungen die Begebenheiten als der Einwirkung neuer Gesetze entzogen aufgeführt waren. Der Grund hiervon ist der sehr natürliche, daß der § 14 hierin nicht eine neue Lehre schuf, sondern

---

nach dem Allgemeinen Landrecht, wenn die Verjährung nur zu laufen angefangen hat, d. h. wenn erst die bloße Begebenheit eingetreten ist, das neue Gesetz zur Anwendung kommen, auch z. B. in bezug auf die Frage, ob Verjährung dieses Anspruches, obgleich sie bereits begonnen, überhaupt zulässig sei (vgl. Publikationspatent vom 5. Februar 1794, § 17). — Ebenso stellt es auch eine Begebenheit dar, wenn bei einer Handlung eine Form versäumt worden ist, und dennoch soll nach § 17 des Allgemeinen Landrechtes das neue, diese Form nicht mehr erfordernde Gesetz dann zur Anwendung kommen und das Schädliche dieser Begebenheit beseitigen usw.

nur der *allgemein juristischen*, unter römischen wie französischen Rechtslehrern bis zum heutigen Tage ganz ebenso gäng und geben Auffassung, die besonders durch die scheinbar reine Begebenheiten darstellenden Institute der Erbschaft, der Quasikontrakte und der Verjährung entstanden ist, Ausdruck gegeben hat.

Wir sagten soeben, daß auch die falschen praktischen Folgen den Gesetzgebungen und Juristen nur im Widerspruch mit dem eigenen Gedanken zugestoßen seien. — In der Tat, der Begriff, den wir als den alleinigen Träger des Rückwirkungsverbotes nachgewiesen haben und weiter nachweisen werden, ist nicht in *dem* Sinne neu, daß hier zum erstenmal nach demselben verfahren würde. Wäre er in *diesem* Sinne neu, so wäre er eben deshalb auch *ganz unbedingt falsch!* Wir behaupten vielmehr, und *müssen* dies behaupten, wenn wir eine *wahre* Theorie aufstellen wollen, daß von Theodosius bis auf Savigny kein Gesetzgeber und kein Jurist über dieses Thema gedacht, verordnet und geschrieben hat, ohne daß der *hier entwickelte Begriff* das in ihm operierende und tätige Moment gewesen wäre. Wir glauben dies schon bis hierher durch die Betrachtung der bisherigen Masse von empirischem Gesetzesstoff und juristischen Entscheidungen zu klarem Nachweis gebracht zu haben, und werden im Verlauf diesen Nachweis immer mehr erweitern und schärfen. *Neu* ist der hier entwickelte Begriff nur in dem Sinne, daß er hier zum erstenmal zum Erkennen seiner selbst gelangt ist und somit erst aus dieser seiner für sich selbst erlangten Durchsichtigkeit die sich durch den gesamten Rechtsorganismus hindurchführende adäquate Ausführung seiner selbst, die systematische Theorie oder Lehre, erzeugen kann. — Alle Formeln, welche früher von Autoren über diesen Gegenstand aufgestellt

worden, sind diesem Begriff entflossen und haben hierin den Grund ihrer relativen Richtigkeit, sowie sie zugleich in ihrem Nichterschöpfen des Begriffes, aus dessen Wirksamkeit sie hervorgingen, auch wieder den Grund ihrer großen praktischen Unrichtigkeit haben. Auch trat hierbei wieder jenes allgemeine begriffliche Gesetz ein, daß, je mehr die Verstandesvorstellung in ihrem ahnenden Verhältnis sich dem spekulativen Begriff nähert, sie ihn um desto mehr wieder von der anderen Seite verfehlt und somit um so größere Unrichtigkeiten hervorbringt. So berichtet Bergmann (a. a. O. S. 57): „Einige sagen in Beziehung auf die allgemeine Idee von dem Schutz erworbener Rechte: es sei nur bei Verträgen und Erbschaften von erworbenen Rechten die Rede, ohne dafür besondere Gründe zu nennen", und er bezieht sich dafür auf Blanchard zu Maleville, zu Art. 384 des Code Nap. Hier war also ein Unterschied zwischen konventionellen und legalen Rechten angenommen worden und nur bei ersteren die Rückwirkung ausgeschlossen. Allein erstens hieß das überhaupt nichts, ohne, wie Bergmann mit recht tadelnd hervorhebt, besondere Gründe dafür zu nennen, und diese wären wieder nur durch die im § 1 gegebene, diese Behauptung selbst ganz aufhebende und umwandelnde Begriffsentwickelung zu erbringen gewesen. Zweitens mußte die Gleichsetzung der Erbschaften mit den konventionellen Rechten, statt mit den legalen, unbegreiflich erscheinen; eine Gleichsetzung, die zu ihrer Begreiflichkeit und ihrer Durchführung nichts Geringeres bedarf als jene Ausführungen, welche den Inhalt unseres zweiten Bandes bilden werden. Drittens mußten dann die durch das Familienrecht vermittelten Rechte, z. B. das Reichsbürgerrecht (s. oben S. 163), die Repräsentation und ebenso die condictio indebiti, die nego-

tiorum gestio, die Verjährung usw., als nicht auf einen Vertrag sich stützend, für nur legale Rechte und dem Einwirken neuer Gesetze unterworfen gelten, und es hätten sich also hieraus die praktisch verderblichsten Irrtümer entwickeln müssen. Viertens ist überhaupt der Begriff konventioneller Rechte ein schiefer. Denn da hiermit nur solche, die durch Verabredung entstanden, bezeichnet sind, so würden nicht einmal die durch bereits angestellte Klage (s. § 3) ergriffenen, ursprünglich legalen Rechte usw. vor der Rückwirkung geschützt sein.

Bergmann referiert daher weiter: „Andere sprechen nur von Verträgen und stützen die Behauptung, daß wegen einer in der Vorzeit liegenden Kontrahierung der ganze Fortgang der daraus hervorgehenden Obligationen aus den alten Rechtsnormen beurteilt werden müsse, darauf, daß die Privatwillkür im voraus sich dem neuen Gesetze entzogen habe," und nennt hierfür Pfeiffer, S. 425[1]). Es ist wieder in diesen Worten das Hervorschimmern des Begriffes unverkennbar. Aber erstens wirft, da hier sogar auch noch die Erbschaften weggelassen sind, Weber (a. a. O., S. 41) mit Recht ein, daß hiernach auch das gesetzliche Erbrecht, das jemand als suus heres schon ipso jure erworben, nicht fortdauern dürfte, wenn ein neues Gesetz die Erbfolge anders bestimmte. Zweitens gelten hier wieder alle gegen Blanchard gemachten Einwürfe. Drittens gilt endlich noch gegen Pfeiffer wie Blanchard gemeinschaftlich, daß einerseits die Privatwillkür sich durchaus nicht unbegrenzt im voraus späteren Gesetzen entziehen kann, wie wir dies in § 7 bei den prohibitiven Gesetzen sehen werden, und daß andererseits, wie sich

[1]) In der Zeitschrift „Germanien", von Crome und Jaup, 1810, Bd. 3, Heft 3, S. 411 fg., ein Aufsatz, dessen wir trotz unserer Bemühung nicht haben habhaft werden können.

gleichfalls zeigen wird, auch abgesehen von Prohibitivgesetzen und trotz aller über das ausschließliche Maßgeben der Gesetze zur Zeit der Kontraktschließung zirkulierenden Formeln auch die Wirkung der Verträge durch spätere Gesetze berührt werden kann, wenn die individuelle Willensfreiheit dadurch nicht verletzt erscheint.

Es ist daher nur ganz begreiflich, wenn jene Unterscheidung von konventionellen und legalen Rechten, trotzdem sie sich in intuitiver Weise dem Begriffe sehr zu nähern scheint, dennoch, da sie denselben andererseits wieder ganz verfehlt und in vollständige Divergenz mit ihm gerät, von keiner Einwirkung auf die späteren Rechtslehrer sein konnte, diese vielmehr, wie z. B. Savigny, Bornemann usw., jene Unterscheidung nicht einmal erwähnen, sich dagegen in anderer Weise der Natur der Sache zu bemächtigen suchen und sie in Formeln bringen, die einerseits sehr wie jene von dem wahrhaften Begriff hervorgetrieben sind, als sie ihn andererseits, weil er noch nicht zur spekulativen Selbstdurchsichtigkeit gelangt ist, ebenso sehr wieder verfehlen.

Aber diese Ahnung und innere Tätigkeit des hier entwickelten Begriffes, welche durch die Lehre aller Autoren, wie durch die praktischen Aussprüche aller Gesetzgeber hindurchgeht, ist selbst der beste Beweis für seine Objektivität und Unwillkür, sowie für die Richtigkeit auch jener notwendigen Folgerungen desselben, welche mit den bisherigen Annahmen wegen der Verkümmerung und festen Verfilzung, die jeder aus dem Begriff bloß hervorgetriebenen und ihn nicht in seiner ganzen Reinheit enthaltenden Formel eigen ist, in entschiedenem Widerspruche stehen müssen.

III. DER BEGRIFF UND SEINE KONSEQUENZEN.

§ 3. Die nachträgliche Ergreifung. Rechtshängigkeit. Novation. Urteil und Vergleich.

Wir haben in § 2 nur den versteckten Umfang des Begriffes dargelegt. Jetzt erst gehen wir dazu über, die weiteren Folgen des Begriffes zu entwickeln.

Wenn Rückwirkung nur darin besteht und nur deshalb ausgeschlossen ist, weil die individuelle Willensaktion des einzelnen nicht nachträglich alteriert werden darf, so ist es notwendig ganz gleichgültig, ob ein Recht ursprünglich dem individuellen Willen entflossen, oder ob es zwar ursprünglich ein lediglich durch das Gesetz gegebenes war, dann aber von dem Individuum ergriffen und verseinigt worden ist. Mit anderen Worten: auf bereits rechtshängige Sachen können neue, das frühere Recht aufhebende und modifizierende Gesetze nicht einwirken.

Dieser Grundsatz unterliegt wieder gewissen, durch die Natur des Begriffes selbst gesetzten Beschränkungen, die erst in den §§ 7 fg. entwickelt werden können. Hier interessiert zuvörderst nur der allgemeine Grundsatz selbst.

Die Richtigkeit desselben ist seit je herausgefühlt worden, aber seine wahre Begründung, die erst in diesem Zusammenhang hervortritt und hervortreten kann, war bisher unmöglich. So ist es nur eine ganz äußerliche und haltlose Argumentation, wenn z. B. Bornemann (a. a. O.,

S. 6) denselben also begründet: „In Ermangelung einer solchen (ausdrücklich-gesetzgeberischen) Bestimmung muß die Rückwirkung als Ausnahme von der Regel an und für sich auf die engsten Grenzen, mithin auf noch nicht rechtshängig gewordene Sachen beschränkt werden.“

Der wahre Grund ist vielmehr der angegebene. Durch die Einklagung bemächtigt sich das Individuum seiner bloß legalen Rechte und setzt sie als die seinigen. Die Klageanstellung macht deshalb das bloß aus den Gesetzen fließende Recht zu einem dem Individuum durch seinen eigenen Willen vermittelten, oder zu einem erworbenen. Die Zinsen werden zugebilligt vom Tag der Klage. Die Einklagung stellt also eine individuelle, Rechte erwerbende Willenshandlung dar, auf welche nicht mehr und nicht weniger durch spätere Gesetze eingewirkt werden kann als auf einen anderen freiwilligen Akt, z. B. einen Vertrag, durch welchen ein Individuum sich Rechte erzeugt.

Es ergibt sich aus dem Gesagten, daß es — mit Ausnahme eines erst in § 8 zur Sprache kommenden begrifflichen Unterschiedes — für die Ausschließung der neuen Gesetze gleich sein muß, ob schon ein Urteil in der Klage eingetreten ist oder nicht, daß also nicht in der res judicata, sondern schon in der Klageanstellung selbst das durchschlagende Moment liegt und der Schutz der res judicata gegen spätere Gesetze nur auf demselben Grundgedanken beruht.

Savigny vermag bei seiner Theorie ebensowenig wie Bornemann den wahren Grund von beidem zu entdecken. Savigny sagt darüber (VIII, 510): „Merkwürdigerweise fügt das römische Recht für den Fall der (die Rückwirkung) erweiternden Ausnahmegesetze eine Ein-

schränkung hinzu, die also als die Ausnahme einer Ausnahme zu betrachten ist. Die ausnahmsweise vorgeschriebene Rückwirkung soll nämlich nicht eintreten, wenn das Rechtsverhältnis, worauf sie bezogen werden könnte, bereits durch Urteil oder Vergleich entschieden worden ist (judicatum vel transactum). Diese Einschränkung ist zwar nirgends als bleibender allgemeiner Grundsatz ausgesprochen, sie wird aber in so vielen einzelnen Stellen des römischen Rechtes übereinstimmend wiederholt, daß sie unzweifelhaft als eine von den Römern allgemein anerkannte Regel betrachtet werden muß. Sie hat auch einen inneren Grund darin, daß sowohl das Urteil als der Vergleich das ursprüngliche Rechtsverhältnis umbildet, so daß nun an die Stelle des Rechtsverhältnisses, worauf sich das neue Gesetz bezog, eigentlich ein anderes getreten ist. — Unter dem Urteil aber ist hier nicht bloß ein rechtskräftiges zu verstehen, sondern bei noch schwebendem Rechtsstreit auch schon ein Urteil erster Instanz, wenn etwa während der Appellationsinstanz das neue Gesetz erscheint."

Hierbei ist zweierlei hervorzuheben. Erstens, daß Savigny hier der bloßen Rechtshängigkeit, wenn noch gar kein Urteil erfolgt ist, schlechthin keinen Schutz gegen die Anwendung neuer materieller Gesetze einräumen zu wollen scheinen könnte, was in sich falsch wäre und auch mit der übereinstimmenden juristischen Lehre und Praxis in völligem Widerspruch stehen würde. Zweitens: wenn Savigny als den inneren Grund der Sache zugibt, daß sowohl Urteil als Vergleich das ursprüngliche Rechtsverhältnis umbilden, so ist zu fragen: worin denn aber diese Umbildung bestehe? Und hierauf läßt sich eben nur die im allgemeinen für Urteil, Vergleich und Klageanstellung gleichmäßig gültige Antwort geben: sie

bestehe in der Umwandelung von an sich vorhandenen Rechtsverhältnissen, die auch bloß dem Gesetz entflossen sein können, in solche, die durch individuelle Willensaktion und Handlung erworben und bestimmt sind, so daß es hiernach auf ihre ursprüngliche Beschaffenheit gar nicht mehr ankommt.

Hieraus ergibt sich auch beiläufig, inwiefern man in der Litiskontestation und wieder im Urteil wirklich eine Novation zu behaupten vermag und inwieweit Justinian mit recht sagt: „Si enim *novatur* judicati actione prior contractus“ usw. [1]).

---

[1]) L. 3 C. de usur. rei jud. (7, 54). Bekanntlich hat sich Savigny (System, VI, 24 fg., 307 fg.) mit großer Bestimmtheit gegen die Annahme einer Novation durch Litiskontestation oder Urteil erklärt, nachdem er früher (V, 325) selbst eine solche darin erblickt hatte, und in der oben angeführten Stelle des achten Bandes doch wieder eine Umbildung darin erblickt, die ihrem Gedanken nach auf eine Novation im obigen Sinne hinausläuft.

Die Savignysche Annahme, daß die Kraft der res judicata auf der Fiktion der absoluten Wahrheit beruhe, reicht nur für Strafurteile hin und ist nur für diese richtig. Sollte sie auch für die Zivilurteile gelten, so müßte dann auch bei diesen, wie dies von den Strafurteilen später nachgewiesen werden wird, bei einer Abschaffung der Gesetze, auf deren Grundlage doch diese Fiktion beruht, entweder von selbst die Folge eintreten, oder doch dem Gesetzgeber mindestens die Befugnis zustehen, die Hinfälligkeit der auf den abgeschafften Gesetzen beruhenden rechtskräftigen Urteile zu verfügen (vgl. § 12). Ganz auf der Hand liegend wäre dies jedenfalls bei interpretierenden Gesetzen, die ja rückbezogen werden sollen, und durch die also entgegenstehende rechtskräftige Urteile, die jetzt ja zur erwiesenen Unwahrheit geworden sind, außer Kraft gesetzt werden müßten, wenn sie auf der Fiktion der absoluten Wahrheit beruhten.

Bei dem Zivilurteil kann dies aber nicht eintreten, weil seine

Es ergibt sich ferner hieraus die begriffliche Ursache, weshalb auch auf Vergleiche nicht durch spätere Gesetze eingewirkt werden darf und weshalb Justinian mit Recht Vergleich und Urteil immer zusammen erwähnt und, sie wie Dinge identischer Natur behandelnd, mit denselben stereotypen Formeln der von ihm verordneten sofortigen Anwendung neuer Gesetze zu entziehen pflegt, z. B. L. 17 C. de fide instrum. (4, 21): „nisi jam super his *transactum* sit vel *judicatum*, quae *retractari non possunt*," oder L. ult., C. de legit. her. (6, 58): „Si qui autem casus jam evenerunt et per *judicialem sententiam vel amicalem transactionem sopiti sunt* nullam sentiant ex hac lege retractationem etc."

Es kann durch den Vergleich das Individuum eine Leistung oder Verpflichtung auf sich genommen haben, zu der es nach den neuen Gesetzen keineswegs verpflichtet war, und diese wären ihm zugute gekommen, wenn es gewartet hätte. Es hatte auch nicht die Absicht, die Gegenpartei durch die Einräumungen im Vergleich zu bereichern, sondern im Gegenteil die Rechte derselben auf das nach dem damaligen Gesetz möglichst geringe Maß herabzusetzen. Aber es ist von ihm selbst gehandelt, eine bloß durch das Gesetz vorhandene und darum mit dem Gesetz vorübergehende Verpflichtung durch eigene Selbstbestimmung konfirmiert und als das Recht des andern gesetzt worden, und diese beiderseitigen individuellen Handlungen können nun durch kein späteres Gesetz zerstört werden.

Es ist ersichtlich, wie sich durch die Ausführungen dieses Paragraphen die Nichtalteration individueller Wil-

---

Kraft vielmehr auf der Fiktion eines Vergleiches, auf der durch den individuellen Willen selbst gesetzten Schlichtung beruht.

lensaktionen als der einzige und wahrhafte Träger des Rückwirkungsgedankens von neuem bestätigt. Denn bloß dieser und kein anderer Unterschied wird zwischen den bloß gesetzlich einklagbaren und bereits eingeklagten Rechten zu entdecken sein und ihrem gleichwohl so verschiedenen Verhältnis zu der Einwirkung neuer Gesetze.

§ 4. Das Optionsrecht.

Wenn es schlechthin gleichgültig bleiben muß, ob das Recht von vornherein durch die individuelle Willensaktion konstituiert ist, oder ob es ursprünglich aus dem Gesetze stammt und das Individuum es, nachträglich zu ihm herantretend, durch seine Ergreifung zu einem durch seine individuelle Willensaktion gesetzten Recht und somit fest und erworben macht, so erhellt hiermit zugleich, daß diese Ergreifung durchaus nicht bloß in dem im vorigen Paragraph betrachteten Fall der prozessualischen Klageanstellung, sondern daß sie eben in jeder Handlung vorliegt, durch welche das Individuum ein gesetzliches Recht als das seinige setzt. Jedes vom Gesetz übertragene bloß fakultative, jedes Optionsrecht wird also in strenger Konsequenz des Entwickelten erst durch die wirklich eingetretene Wahlhandlung des Individuums zu einem erworbenen, und kann ihm bis zu der geschehenen Wahl durch Gesetzgebungswechsel ohne jede Rückwirkung entzogen werden.

Diese Folgerung des Begriffes ist besonders dem juristischen Gefühl der Franzosen zum deutlichen Bewußtsein gekommen, vgl. z. B. Merlin, Rép. de Jurispr., v° Effet retr., Sect. II, § 1, V, 537: „Mais tel (d. h. ein droit acquis) n'est jamais un droit purement facultatif à moins qu'il n'ait été *exercé* et que par *l'exercice* qui en a été fait, la chose qui en est l'objet, ne soit devenue notre propriété.

„En effet, il en est des *facultés* accordées par la loi, comme des *facultés* accordées par les individus. Tant que celles-ci ne prennent pas le caractère de droits, elles sont toujours et essentiellement révocables: Or, le législateur ne contracte jamais lorsqu'il accorde une faculté; il permet, mais il ne s'oblige pas; il conserve donc toujours le pouvoir de retirer sa permission; et ceux à qui il la retire avant qu'ils en aient fait usage, n'ont aucun prétexte pour s'en plaindre."

Aber indem dieser im allgemeinen ganz richtige Gedanke sich den Franzosen ohne die theoretische Begründung, als deren Folgerung er sich uns ergeben hat, aufdrängt, treibt er sich ihnen einerseits bis zur Einseitigkeit und Unwahrheit (siehe z. B. oben S. 147), andererseits bleibt er ihnen deshalb, statt sich zu dem die gesamte Materie beherrschenden Begriff fortzuarbeiten, als eine bloße Formel neben anderen Formeln stehen und führt sich deshalb nicht einmal zu seinen nächstliegenden Konsequenzen fort (s. z. B. § 5), und drittens wird er endlich deshalb auch ausdrücklich wieder von ihnen aufgehoben, wie z. B. derselbe Merlin, a. a. O., S. 551 fg., sagt, daß es auch solche Rechte (droits acquis) gebe, mit denen „la *loi elle-même* m'ait investi et me l'ait conféré purement et simplement et *sans y attacher* la condition que *je ne l'acquerrais que par l'exercice* que j'en ferais," ohne daß dies mit dem Vorigen irgendwie auszusöhnen und in innere Übereinstimmung zu setzen versucht wird.

§ 5. Das Einspruchsrecht.

Es ergibt sich daher nunmehr als eine notwendige Folge des Begriffes, daß jedes Recht des Einspruches gegen eine Handlung oder einen Vertrag, welchen das Gesetz Dritten einräumt — natürlich falls dadurch nicht ohne-

hin selbständig erworbene Rechte dieser Dritten, z. B. der Gläubiger, beeinträchtigt werden —, durch ein dieses Einspruchsrecht aufhebendes Gesetz auch in bezug auf die schon früher geschlossenen Verträge beseitigt ist, ohne daß deshalb von Rückwirkung irgend die Rede sein kann.

Die formelle Regel, daß Verträge in jeder Hinsicht nur nach dem Gesetz zur Zeit ihrer Schließung zu beurteilen sind, wird also hier irrig und muß es werden, weil sie hier mit dem wahren begrifflichen Grundgedanken, dem sie entflossen, in Widerspruch tritt.

Der Grund ist einfach. Die vertragschließenden Individuen können durch keine Fiktion so angesehen werden, als wenn sie selbst hätten den Dritten stillschweigend das Recht stipulieren wollen, gegen ihre eigene Willenserklärung anzugehen. Ebensowenig ist von den Dritten selbst gehandelt und durch Willensaktion etwas erworben worden. Das Recht der Dritten auf Einspruch ist daher nicht wie die anderen Wirkungen des Kontraktes durch die individuelle Willensfreiheit gesetzt, sondern stammt lediglich aus dem Gesetz als solchem und geht somit mit diesem vorüber.

Merlin hat also Unrecht und widerspricht den eigenen Konsequenzen des von ihm, wie wir in § 4 sahen, eingeräumten Grundsatzes, vertritt aber gleichwohl nur die bei französischen wie deutschen Autoren ganz allgemein herrschende Theorie, wenn er z. B., die Ehe betrachtend, sagt: ein neues Gesetz könne nicht durch seine alleinige Kraft eine Ehe gültig machen, welche im Augenblick der Gesetzesverkündung nach dem Gesetz zur Zeit ihrer Eingehung ungültig war[1]), wobei er nämlich ausdrücklich

[1]) A. a. O., Sect. III, § 2, Art. 5, V, 543: „Une loi nouvelle ne peut pas valider immédiatement, et par sa seule puissance, un mariage qui au moment de sa publication se

voraussetzt, daß die Klage auf Nichtigkeit der Ehe nicht nur für die Ehegatten selbst, sondern auch für die Dritten, nach dem früheren Gesetz hierzu Berechtigten, ein erworbenes Recht bilde[1]).

Dies ist also in bezug auf die Dritten[2]) nicht der Fall, und so kann denn allerdings insofern ein Kontrakt, welcher nach dem Gesetz zur Zeit der Schließung durch das Einspruchsrecht eines Dritten ungültig und wirkungslos gewesen wäre, durch ein späteres Gesetz validiert werden. Betrachten wir den Fall der mangelnden väterlichen Einwilligung. Nach §§ 972, 973, Tit. 1, T. II des

---

trouve, d'après la loi sous laquelle il a été célébré, entaché de vices qui en emportent la nullité; et si elle le faisait, elle rétroagirait manifestement, elle ravirait un droit acquis; rien ne pourrait la justifier."

[1]) Denn er fährt nach den angeführten Worten fort: „Mais elle peut sans rétroagir subordonner *la recevabilité de l'actio*n en nullité de mariage qui est *acquise* .soit aux deux époux, soit à l'un deux, *soit à des tiers,* avant sa publication, à des diligences dépendantes de leur volonté, et déclarer qu'à défaut ohne weiteres nehmen, und nimmt es ihnen in der Tat dadurch des ces diligences, leur action ne sera plus recevable." Das Gesetz kann diesen Dritten das Einspruchsrecht vielmehr allein, daß es ein solches Recht nicht mehr anerkennt, auch für die schon geschlossenen Ehen.

[2]) Natürlich hat das Obige keine Anwendung z. B. auf den Fall des § 936, Tit. I, T. II des Allgemeinen Landrechtes, oder Art. 147 des Code Napoléon, wo jemand bei noch bestehender erster Ehe eine zweite schließt. Freilich ist der Gatte aus der ersten Ehe für diesen zweiten Ehekontrakt auch ein Dritter; aber sein Einspruchsrecht ist vermittelt durch seine eigene individuelle Handlung — seine eigene unter diesem Gesetz geschlossene Ehe —; es ist also nur die Folge seines ohnehin selbständigen erworbenen Rechtes, und es liegt somit einer jener Fälle vor, die wir bereits bei Eingang dieses Paragraphen von demselben ausgeschlossen haben.

Allgemeinen Landrechtes können (vgl. §§ 994, 995 das.) nur diejenigen, welche das Ehehindernis zu rügen berechtigt sind, also z. B. der Vater die wegen Mangels seiner Einwilligung ungültige Ehe als nichtig aufheben lassen.

Hier hat also der Heiratende ebensowenig wie der Vater ein erworbenes Recht auf die Aufhebung der Ehe. Dem Vater steht dies Recht nur aus dem Gesetze zu[1]; dem Heiratenden selbst steht dies Recht auf Nichtigkeit der Ehe gar nicht als Recht zu; er kann es nicht geltend machen. Nur als faktische Folge kann diese Nichtigkeit für ihn eintreten und nicht eintreten, je nach dem von ihm unabhängigen Willen eines Dritten, des Vaters, der also für den Handelnden statt zu seiner eigenen Willensaktion zu gehören, nur die Natur eines äußeren Umstandes hat. Indem so der Handelnde sich selbst in die Lage gebracht hat, die Validierung oder

[1]) Denn hier kann natürlich die Fiktion, daß um der im Familienrecht herrschenden Identität willen (§ 2 A.) das Einspruchsrecht der Eltern als durch ihre eigene Willensaktion erworben angesehen werden müsse, nicht zur Anwendung kommen. Diese allgemeine Fiktion beruht ja gerade auf der gesetzlichen Unterstellung der Willensidentität dieser Personen. Dieselbe auf den Fall anwenden, wo der Sohn gegen den Willen des Vaters heiratet, und also sagen, daß der Sohn durch seinen Willen als einen mit dem des Vaters identischen letzterem das Recht auf Negation dieses seines Willens erwirbt, würde eine contradictio in adjecto bilden; denn es würde heißen in die logische Monstruosität verfallen, den Willen der beiden Personen zu gleicher Zeit als identisch und als sich entgegengesetzt zu behandeln, und jene Rechtsfiktion somit zum absoluten sich selbst zerstörenden Widersinn treiben. Hier ist also einer jener Fälle, wo der römische Grundsatz zur Anwendung kommt: fictio cedit veritati, und jenes Einspruchsrecht des Vaters ist daher nur ein Ausfluß der ihm vom Gesetz verliehenen väterlichen Gewalt.

Invalidierung seiner Ehe von einem seinem Willen fremden Umstand abhängen zu lassen, der nicht einmal die Natur einer Bedingung hat, da seine resolutorische Wirkung vom Handelnden selbst nicht geltend gemacht werden kann, ist hier von einem Erworbensein überhaupt nicht die Rede, und der Handelnde kann sich ebensowenig über Denaturierung seiner Handlung, also über Rückwirkung beklagen, wenn das Gesetz, an Stelle des Vaters tretend, den Konsens dadurch erteilt, daß es die Nichtigkeitsklage dem Vater entzieht, als wenn der Vater von selbst die Ungültigkeit nicht gerügt hätte, oder etwa noch innerhalb der Frist gestorben und durch dieses Ereignis die Ehe validiert worden wäre.

Etwas verschieden verhält es sich bei dem Art. 182 des Code Nap. insofern, als dieser bei dem Mangel der väterlichen Einwilligung nicht nur dem Vater, sondern auch demjenigen Gatten, der dieser Einwilligung benötigt war, das Recht gibt, auf Nichtigkeit der Ehe zu klagen. Durch ein die Notwendigkeit der väterlichen Einwilligung aufhebendes Gesetz wird hier folgendes eintreten müssen. Der Vater hat hier, wie gezeigt, durch das neue Gesetz das Recht verloren, gegen den Willen des Sohnes auf die Nichtigkeit seiner Ehe zu klagen, denn für ihn ist dies Recht niemals ein erworbenes gewesen. Der Sohn selbst aber könnte, da für ihn dies Recht als ein durch seine eigene Handlung stillschweigend gesetztes erscheint, auch nach wie vor dem neuen Gesetz, solange er nur in der Frist ist, auf Nichtigkeit klagen, insofern hier nicht andere Grundsätze in Betracht kämen, die erst im § 10 begrifflich entwickelt werden können.

Ebenso ist nun klar, daß, wenn der Art. 184 des Code Nap. außer den Gatten selbst auch noch allen dabei interessierten Dritten und dem öffentlichen Ministerium das

Recht gibt, wegen nicht hinreichenden Alters oder verbotener Verwandtschaftsgrade auf Nichtigkeit einer Ehe zu klagen, diesen Dritten und ebenso dem öffentlichen Ministerium durch gesetzliche Aufhebung dieser Ehehindernisse das Klagerecht entzogen wäre.

Es ist gleichfalls eine Folge und Bestätigung des in diesem Paragraphen entwickelten Prinzips, daß das statutarische Wiederkaufsrecht — der retrait lignager —, welches in dem alten französischen Gewohnheitsrecht, wie im Allgemeinen Landrecht, T. II, T. 4, § 227 fg., den Verwandten des Verkäufers eines Grundstückes zustand und sie berechtigte, sich dem Ankäufer subrogieren zu lassen, in den Fällen, wo es noch nicht durch Handlungen der Verwandten ausgeübt und hierdurch erworben worden war, durch den dies Recht nicht mehr anerkennenden Code Nap. als beseitigt gelten mußte, worüber bei den französischen Autoren kein Streit obwaltet (vgl. Meyer, Questions transit., S. 194 fg., Merlin, a. a. O., S. 566 fg.).

§ 6. Neue Willensäußerungen. Fristen. Umänderung von Pfandrechten; von Testamenten. Rückkauf. Emphyteuse. Rentenkontrakt. Widerruf von Schenkungen. Unterschiede.

Wenn nun lediglich die Aufrechterhaltung der individuellen Willensfreiheit den alleinigen Träger des Nichtrückwirkungsgedankens bildet, so ergibt sich hieraus eine Folgerung, welche, hart an die Aufhebung dieses Begriffes anstreifend, ihn dennoch gerade am klarsten als das wahrhafte Gesetz der Sache darlegt.

Es werden dann nämlich spätere Gesetze auch erworbene Rechte, auch geschlossene Verträge und ihre Wirkungen in bedingter Weise ändern und zerstören können, wenn sie nur die Aufrechterhaltung dieser

Rechte von einer *solchen* Bedingung abhängig machen, deren Erfüllung *lediglich in dem freien Willen des berechtigten Individuums* gelegen ist.

Es ist nach dem entwickelten Begriff evident, daß sich das Individuum dann nicht über eine Denaturierung seiner Handlung, über eine Verletzung seiner Willensfreiheit beschweren kann, wenn die Aufrechterhaltung derselben doch wieder nur seinem alleinigen Willen anheimgegeben ist. Da die Bedingung, welche dem Individuum zur Aufrechterhaltung zugemutet wird, nur darin besteht: *seinen Willen zu setzen*, respektive *noch einmal zu setzen*, so muß vielmehr die Zerstörung seines erworbenen Rechtes, die das Gesetz aus der Nichterfüllung dieser Bedingung folgen läßt, als ein *freiwilliges Aufgeben* seines Rechtes, nicht als eine gewaltsame Änderung seines Willens, erscheinen.

Hieraus folgt also, daß ein neues Gesetz, ohne Rückwirkung zu begehen, vorschreiben kann, die Form von schon früher geschehenen und damals gültigen Handlungen, falls dies noch möglich ist und nur von dem Willen des berechtigten Individuums abhängt, zu ändern, um die Handlung als gültig zu erhalten; daß ein Gesetz Fristen zur Wahrnehmung von erworbenen Rechten einführen und respektive vorhandene abkürzen kann, bei deren Nichtwahrnehmung die erworbenen Rechte verfallen sein sollen; daß es den Fortbestand eines kontraktlichen Rechtes von der Vollbringung formeller Handlungen, z. B. der Inskription, abhängig machen kann, die nur im Willen des Berechtigten liegen; daß es sogar in den unmittelbaren Inhalt eines Vertragsverhältnisses eingreifen kann, wenn nur immer dies beobachtet wird, daß die Abänderung oder Entziehung des Rechtes durch den *bloßen Willen des Berechtigten verhindert* werden kann.

Ist dies richtig, so zeigt sich hier, daß auch die Formel, welche viele über die Rückwirkung aufstellen, daß nämlich *vollbrachte Tatsachen* (faits accomplis) von neuen Gesetzen nicht berührt werden dürfen, abgesehen davon, daß sie ganz unzureichend, auch *nicht richtig* ist. Denn vollbrachte und bisher für sich allein vollkommen gültige und wirksame Tatsachen werden hier ohne Rückwirkung zerstört und geändert, wenn die Bedingung der neuen Willensaktion nicht erfüllt wird.

Es zeigt sich ebenso, daß auch der Kontrakt *als solcher* durchaus nicht bloß durch das Gesetz zur Zeit seiner Schließung regiert wird, wie die gewöhnlichen Formeln besagen, sondern daß auch in ihm, wie in der ganzen Sphäre des Rechtes, nichts anderes der verändernden Einwirkung späterer Gesetze entzogen wird und zu entziehen ist, als der Begriff der *individuellen Willensfreiheit*.

Daß vom Gesetz zur Aufrechterhaltung des früher schon in genügender Form gesetzten Willens eine *neue* Willensaktion gefordert wird — dies wird niemand für Rückwirkung ausgeben können. Denn dies würde heißen das positive Recht des Staates bestreiten wollen, *Leistungen* des Individuums *als Bedingung des Zivilschutzes* und seiner *Forterhaltung* zu fordern, ein Recht, welches ihm also ebensoviel die Befugnis gibt, im Interesse z. B. der Unzweifelhaftigkeit des letzten Willens oder der Konformität der Pfandrechte, oder der größeren Sicherheit und schnelleren Klarlegung der Rechtsverhältnisse eine nochmalige Erklärung des letzten Willens in geänderter Form, oder eine neue hypothekarische Inskription in bestimmter Weise, oder eine schnellere Darlegung des Willens, seine Rechte zu wahren, d. h. eine Klageanstellung in kürzeren Fristen, zu be-

gehren. Und indem sich alle diese Forderungen in bloße Willensäußerungen auflösen, das Individuum also in bezug auf Erhaltung und Verlust seiner Rechte nur von seinem eigenen Willen abhängig gemacht wird, kann, wenn ohne hinreichenden Grund das Gesetz ihm die Last auferlegt, zur Erhaltung seines Rechtes seinen Willen nochmals an den Tag zu legen, dies unter Umständen ein lästiges und schlechtes Gesetz sein, aber von einem rückwirkenden, den individuellen Willen brechenden Charakter desselben kann keine Rede sein.

Wenn jetzt der theoretische Beweis für die entwickelte Folgerung erbracht ist, so würde nun die Frage entstehen, ob dieselbe nicht auch schon bisher in dem empirisch-juristischen Stoff irgendwo anerkannt worden ist.

Merkwürdigerweise ist es nun gerade diese vom Begriff hervorgetriebene Folgerung, welche seit jeher auf das vielfachste und unzweideutigste anerkannt worden ist, ohne daß sie doch vermocht hätte, den Begriff der individuellen Willensfreiheit, dem sie entsprungen und den sie als den alleinigen Kern der Rückwirkungsfrage so scharf nachweist, zum Bewußtsein zu bringen. Davon war dann wieder die Folge, daß sie nicht zu den Konsequenzen fortgeführt würde, die sie in sich trägt.

Ausdrücklich anerkannt wurde sie im § 16 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht:

„Soll nur die äußere Form einer Handlung geändert und diese Vorschrift bei allen noch abzuändernmöglichen Handlungen beobachtet werden, so muß das Gesetz hierzu eine hinlängliche Frist bestimmt haben[1]."

---

[1]) Mit Unrecht führt also Bornemann (a. a. O., S. 16) diese Vorschrift unter folgender Vorausschickung an: „Der Gesetzgeber kann zwar auch die rückwirkende Kraft eines

Unter dieser Bedingung also, daß die Abänderung dem Individuum noch faktisch möglich ist und daß dazu eine hinlängliche Frist gegeben wird, erblickt der preußische Gesetzgeber keine Rückwirkung darin, wenn selbst die äußere Form der Handlung, die doch sonst lediglich und allein unter dem Gesetze ihrer Zeit steht, zu ändern vom Gesetz verlangt wird.

So wurden in den mehrfachen Fällen, in welchen die preußische Hypothekenordnung an Stelle des bis dahin geltenden gemeinrechtlichen Pfandrechtes gesetzt wurde, die Pfandgläubiger aufgefordert, binnen einer bestimmten Frist die Eintragung ihrer Forderungen in die neuen Hypothekenbücher vornehmen zu lassen. Niemand hat in dem Verlangen dieser neuen Inskription zur Erhaltung eines bis dahin schon erworbenen und wirksamen Rechtes eine Rückwirkung gesehen. Wohl aber wäre eine solche in vollem Maße vorhanden gewesen, wenn den Pfandgläubigern nicht diese Eintragung innerhalb einer bestimmten Frist gestattet, oder wenn ihnen, insoweit ihnen für die Konformierung ihrer Ansprüche keine Frist gestellt wurde oder diese Beibringung der neuen Form nicht mehr möglich war, ihre bisherigen Rechte nicht erhalten geblieben wären[1].

---

solchen (nämlich die Form von Rechtsgeschäften betreffenden) Gesetzes anordnen." Es ist vielmehr, wie gezeigt, auch nicht eine Spur von Rückwirkung darin!

[1]) Hieraus ergibt sich der große Irrtum, den Bornemann, S. 22 fg., begeht, wo er in eine wahrhafte Rückwirkung verfällt. In Übereinstimmung mit zwei Ministerialreskripten vom 13. Februar 1792 und 30. Mai 1801 (mit denen wieder das Reskript vom 16. März 1787 als das richtige in Widerspruch steht) hatte das Kammergericht in einem späteren Falle die Umschreibung eines im Jahre 1744 eingetragenen und an den letzten Inhaber zurückgezahlten Kapitals auf den Namen des

Es ist daher nur eine ausdrückliche Anerkennung unseres Prinzipes und des § 16 der Einleitung zum All-

---

Gutsbesitzers, der die Zahlung geleistet hatte, verweigert, weil der letzte Inhaber sich nur durch eine außergerichtliche Privatzession vom 7. Dezember 1748 legitimieren und auch den Übergang der Forderung an seine Vordermänner nur durch solche Privatzessionen nachweisen konnte. Der Gutsbesitzer klagte nun gegen den letzten Inhaber und dieser wurde in der Tat rechtskräftig verurteilt, sich in einer bestimmten Frist als Eigentümer des Kapitals in hypothekarischer Form zu legitimieren! Gedrängt durch Exekution und bei der Unmöglichkeit, die verlangte Legitimation nach Verlauf von mehr als 60 Jahren zu beschaffen, wandte sich der letzte Inhaber im Jahre 1833 an den damaligen Justizminister mit der Bitte, die Umschreibung des Postens ohne weiteres anzuordnen. Der Justizminister kam diesem Antrage auch ganz sachgemäß in einer richtig motivierten Ausführung nach (s. Bornemann, S. 21, und Kamptz, Jahrb., Bd. 41, S. 525 fg.) und veranlaßte, um den Widerspruch mit dem Reskript von 1801 zu erledigen, einen allerhöchsten Erlaß vom 29. Mai 1833, in welchem richtig bestimmt wurde, daß die Vorschriften der Hypothekenordnung, § 60 fg., 199, 248 fg., auf früher errichtete Verträge und einseitig ausgestellte Urkunden und deren äußere Form keine Anwendung finden könnten. Ein ähnliches Reskript, in bezug auf die wiedervereinigten Provinzen und das für sie erlassene Patent vom 22. Mai 1815 nebst Instruktion vom 30. Mai 1815, erging unterm 14. August 1837, bestimmend, daß auf Grund der unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes errichteten Privaturkunden, welche nach den damaligen Gesetzen in formeller und materieller Hinsicht zum Eigentumserwerb genügten und keine sichtbaren Mängel an sich trügen, die Besitztitelberichtigung ohne weiteres erfolgen müsse.

Dem gegenüber ergreift nun Bornemann die Partei der älteren Ministerialreskripte von 1792 und 1801 und erklärt die Ausführung des Justizministers in dem im Jahre 1833 erstatteten Bericht für „nicht durchaus zutreffend". Seine Gründe sind diese: Auch nach preußischen Gesetzen genügten bloße Privaturkunden als causa praecedens des Erwerbes von Sachen und

gemeinen Landrecht, wenn der preußische Gesetzgeber in den transitorischen Patenten für diejenigen Provinzen,

---

Rechten. Nur nicht für hypothekarische Eintragung ohne weiteres. Hierzu bestimme vielmehr die Hypothekenordnung, daß solche Privaturkunden dem Aussteller zuvörderst zur Anerkennung vorgelegt werden sollten. „Wenn nun," sagt Bornemann, „die älteren Reskripte vorschreiben, daß diese Bestimmung auch auf die unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes errichteten Urkunden anzuwenden sei, so wird dadurch der Hypothekenordnung keine rückwirkende Kraft beigelegt. Denn die formelle Gültigkeit dieser Urkunden bleibt unberührt. (!) Es soll ihnen nur in bezug auf eine Einrichtung, welche dem gemeinen Rechte fremd ist und auf welche dasselbe daher nicht einwirken kann, keine mehrere Kraft beigelegt werden als den unter der Herrschaft des preußischen Rechtes errichteten Urkunden derselben Art. Meines Erachtens entsprechen die älteren Reskripte daher der strengen Anwendung des allgemeinen Grundsatzes über die zeitlichen Grenzen der Herrschaft der Gesetze."

Aber dieser Scharfsinn ist ein in hohem Grade sich selbst verwirrender. Die einzige Frage, die in dem Falle überhaupt zu untersuchen war, ist lediglich die, ob nach dem damaligen gemeinen Recht die Privatzession vom 7. Dezember 1748 die grundbücherliche Forderung mit voller Wirksamkeit übertrug (und zur grundbücherlichen Umschreibung berechtigte). Dies bestreitet Bornemann nicht, und somit ist die Frage entschieden. Denn daß auch die preußischen Gesetze Privaturkunden zur hypothekarischen Eintragung zulassen, aber nur nachdem der Aussteller zuvor rekognosziert hat, kann keinen Einfluß üben und macht den Fall gar nicht anders stehen, als er stünde, wenn das preußische Gesetz gar keine Privaturkunde, sondern nur notarielle zur Eintragung zuließe. Das preußische Gesetz kann für die unter seiner Herrschaft errichteten Urkunden vorschreiben, daß, um bestimmte Arten von Wirksamkeit zu haben, Urkunden bestimmte Formen beobachten müssen, z. B. gerichtliche oder notarielle Form, oder die Form der Rekognoszierung. Bei Nichtbeobachtung dieser Formen kann es ihnen alle oder doch gewisse Wirksamkeiten versagen. Wer

welche bis dahin unter französischem Rechte gestanden hatten und wo somit olographische und notarielle Testamente gültig gewesen waren, in dem Bestreben, die Verität und Unanfechtbarkeit der letztwilligen Verordnungen

---

somit unter preußischem Gesetz eine Privaturkunde empfängt, weiß und unterwirft sich dem mit Freiheit, daß er zur Eintragung die Rekognoszierung des Ausstellers nachsuchen muß. Wenn aber die frühere Privatzession einmal das volle Recht auf die grundbücherliche Eintragung, an deren Stelle das neue Hypothekenwesen getreten war, ohne Rekognoszierung erteilte, so konnte der Richter nicht das früher gültig erworbene Recht wegen Nichterfülltseins der neuen Form für stillschweigend vom Gesetz vernichtet erachten. Der Gesetzgeber hätte verlangen können, daß schon bestehende Privaturkunden, die dies bisher nicht nötig hatten, nachträglich vom Aussteller zur Eintragung rekognosziert werden müßten; er hätte eine Frist hierfür festsetzen können, bei deren Nichtbeachtung das Recht entzogen sein solle. Aber da der Gesetzgeber die Nachholung der neuen Form nicht ausdrücklich verordnete, durfte sie der Richter nicht von selbst supplieren. Und der Gesetzgeber selbst hätte diese Forderung nur stellen dürfen für solche Fälle, wo die Nachholung der neuen Form (Rekognoszierung) noch möglich und bloß von dem Willen des Zessionärs abhängig war, also wo der Aussteller noch lebte und prozessualisch zur Rekognoszierung genötigt werden konnte, nicht aber bei Urkunden von 1748 und früher. Jede andere Entscheidung des Gesetzgebers, und um so mehr des Richters, verletzt die oben entwickelte Natur der Sache und den § 16 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht, wie gleichfalls aus dem Obigen sich ergibt.

Ist es nicht bezeichnend, daß Bornemann, der, wie wir sahen, in diesem § 16, der keine Spur von Rückwirkung enthält, eine „rückwirkende Kraft" erblickt, gerade dadurch hier selbst in flagrante Rückwirkung verfallen muß? Wir wollen nicht verschweigen, daß Bornemann darauf selbst erklärt, wie seine Entscheidung zwar streng rechtlich sei, aber zu sehr bedenklichen Übelständen führen könne, weshalb er derartige Fälle

mehr zu sichern, eine neue gerichtliche Anfertigung der Testamente nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes, auch in bezug auf die schon gültig bestehenden, verlangte. Das Patent vom 9. September 1814 für die Provinzen jenseits der Elbe[1]), verordnet hierüber in § 7:

„Es sollen aber die von den Erblassern eigenhändig ge- und unterschriebenen, ohne Beobachtung einer weiteren Form bisher gültig gewesenen Testamente, ingleichen diejenigen, welche vor Notarien aufgenommen worden, nur noch während eines Jahres, vom 1. Januar 1815 an gerechnet, als rechtsbeständig erachtet werden.

Nach Ablauf dieses Zeitraumes tritt in Ermangelung einer gültig aufgenommenen Disposition die gesetzliche Erbfolge ein, wofern nicht nachgewiesen werden kann, daß der Erblasser während des ganzen Zeitraumes von Errichtung eines Testamentes nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes verhindert gewesen ist."

Alle Forderungen des Begriffes sind hier sorgfältig erfüllt. Es ist eine hinreichende Frist gegeben, innerhalb welcher der Testierende seinen Willen von neuem darlegen kann und soll, und bis zu deren Ende die frühere Darlegung gültig bleibt, und selbst nach Ablauf dieser Frist ist der Gegenbeweis zugelassen, daß der Testierende sich in faktischer Unmöglichkeit be-

---

dem Ermessen des Hypothekenrichters anheimzustellen vorschlägt. Allein es gibt dabei nichts anheimzustellen, weil die Entscheidung Bornemanns nicht unbillig, wie er meint, sondern dies nur nebenbei und vor allem unjuristisch ist.

[1]) Und ebenso in dem Patent für Westpreußen vom 9. November 1816, § 9, und für das Großherzogtum Posen, vom selben Tage, § 9.

funden habe; das Individuum ist also schlechthin nur von seinem eigenen Willen abhängig gemacht.

Es ist also höchlich auffällig, wenn Savigny (VIII, 478) diese Verordnung eine „ganz eigentümliche Bestimmung" nennt, in welcher „nun augenscheinlich der Ausdruck eines allgemeinen bleibenden Grundsatzes nicht enthalten ist, sondern nur die Nothilfe für einen einzelnen Fall. Auch findet sich in den übrigen transitorischen Gesetzen eine ähnliche Bestimmung gar nicht".

Jedenfalls hätte Savigny sehen müssen, daß diese angeblich ganz eigentümliche Bestimmung den allgemeinen bleibenden Grundsatz des § 16 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht in sich enthält; daß sie nur denselben Grundsatz enthält, von dem auch das Verfahren bei der Hypothekenordnung, das er selbst billigt (s. VIII, 539), nur ein Ausfluß ist; denselben Grundsatz, der, statt eigentümlich zu sein, in den verschiedensten Gesetzgebungen nachgewiesen werden kann.

So erklärt zwar Justinian in der Nov. 66, Kap. 1, § 4, daß die zur Zeit bereits bestehenden Testamente in bezug auf die Gültigkeit ihrer Form nicht nach seinen neuen Vorschriften zu beurteilen und von neuem aufzunehmen wären (nec accusentur quod eo tempore, quo illi vixerunt, eas non mutaverint); aber er erklärt ausdrücklich, daß er nur deshalb dies nicht fordere, weil dies in sehr vielen Fällen dem testierenden Individuum nicht mehr faktisch möglich sein würde und nur aus diesem Grunde eine solche Forderung unzulässig wäre; denn unmittelbar nach den angeführten Worten, in welchen er gesagt, daß die Neuerrichtung der Testamente nicht verlangt werden könne, fährt er, dies begründend, also fort: „neque enim omnia in nostra potestate sunt, nec

semper aliquis *tempus testandi habet.* Nam saepe *mors repente homines opprimit* iisque *facultatem testandi adimit* (τῆς τοῦ διαθέσθαι τούτους ἐξουσίας ἀφαιρούμεναι). *Quare* quod ab initio recte factum est" usw.

Justinian spricht also deutlich genug aus, daß, wäre nicht jenes Bedenken von der faktischen Unmöglichkeit, d. h. von der nicht immer vorhandenen Abhängigkeit der Erfüllung von dem bloßen individuellen Willen[1]) — ein Bedenken, welches in den preußischen Patenten so sorgfältig gewahrt wird — die Erneuerung der Testamente vom Gesetzgeber gar wohl verlangt werden könnte.

Ebenso direkt wie in den preußischen Patenten ist der Grundsatz in den Annalen der französischen Gesetzgebung nachzuweisen. Die französischen Gesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II hatten die Testierfähigkeit gänzlich verändert und insoweit freilich ohne jede Beziehung auf das in Rede stehende Prinzip die Testamente der noch Lebenden vernichtet. Allein sie hatten noch eine quotité disponible übrig gelassen, über welche testiert werden konnte (ein Zehntel des Vermögens, wenn direkte Erben, und ein Sechstel, wenn nur Kollateralerben vorhanden waren). Es entstand jetzt die Frage, ob nicht wenigstens für diesen Betrag die bereits bestehenden und in verbotener Weise à titre universel verfügenden Testamente aufrecht zu erhalten seien, oder ob sie als gänzlich

---

[1]) Die faktische Möglichkeit in diesem Sinne, d. h. die Abhängigkeit einer Handlung von dem bloßen individuellen Willen, wird daher mit Recht überall da zur rechtlichen Kategorie, wo es auf den individuellen Willen ankommt; vgl. beispielsweise oben über die Verjährung (agere non valenti non currit praescriptio, S. 130), die L. 18, C. de testibus (4, 20), usw.

nichtig zu betrachten und die Errichtung neuer Testamente zur Verfügung über den jetzt noch erlaubten Teil erforderlich wäre. Insofern war dies nur eine Frage nach der formellen äußeren Gültigkeit der bestehenden Testamente, oder konnte doch mindestens als solche äußere Formfrage aufgefaßt werden und wurde, wie wir sehen werden, schließlich nur so aufgefaßt. Der Konvent entschied hierüber durch Art. 47 des Dekretes vom 22. Ventôse II mit folgenden Worten:

„Que la loi a aboli ces anciennes dispositions et que si elle a simplement réduit à une quotité celles dont l'auteur décédé *ne pouvait refaire* un nouvel acte, ce motif a *cessé* lorsque cet auteur a survécu à la promulgation de la loi du 5 brumaire; qu'ainsi et s'il ne l'a pas fait, l'ancienne disposition est nulle pour le tout."

Der Konvent stimmte also mit dem preußischen Gesetzgeber ganz in den Prinzipien überein, sowohl im Grundsatz, daß die neue Errichtung von Testamenten gefordert werden könne, als auch darin, daß diese Forderung nur dann zulässig sei, wenn der Testator das Testament neu machen könne. Nur daß der Konvent das „*ne pouvait pas* refaire" lediglich in dem Tode des Testators erblicken wollte.

Nun wurden (s. oben S. 96fg.) die Gesetze vom 5. Brumaire, 17. Nivôse und 22. Ventôse II gerade wegen ihrer, sei es wahren, sei es vermeintlichen Rückwirkung später — in bezug auf diesen rückwirkenden Effekt — zurückgenommen. Hierbei bestimmte nun das unter dem Direktorium erlassene Gesetz vom 18. Pluviôse V (6. Februar 1797) in bezug auf die uns hier beschäftigende Frage in Art. 4:

„Les actes de dernière volonté faits antérieurement à la publication des lois des 5 brumaire et 17 nivôse an II et qui n'ont pas été refaits ou renouvelés depuis, dans *les cas mêmes où la loi en indiquait l'obligation*, restent néanmoins valables et sont seulement *reductibles* jusqu'à la concurrence de la quotité disponible, *lorsqu'ils sont l'ouvrage*, 1° de militaires décédés au service de la patrie, ou de personnes mortes au service des armées; 2° de personnes décédées en maison de réclusion ou qui ont péri en vertu de jugements révolutionnaires, ou qui ont demeuré cachées par suite de mises hors la loi ou de mandats d'arrêt; 3° de personnes mortes en voyages de long cours."

Das heißt also, in solchen Fällen, wo die Erneuerung des Testamentes trotz des Fortlebens des Testators nicht mehr von seinem bloßen Willen abgehangen hatte, ihm vielmehr offenbar unmöglich gewesen war, sollte das alte Testament formell gültig bleiben (bis zum erlaubten Betrage). Gänzlich ungültig sollten dagegen die Testamente aller solcher Personen sein, die, ohne sich in diesen Verhinderungsfällen zu befinden, die Publikation jener Gesetze überlebt hatten, ohne die Testamente zu erneuern (par des personnes qui ont survécu à la publication de la dite loi sans les renouveler). Also auch jetzt, wo man sehr aufgelegt war (s. oben S. 105), den Begriff der Rückwirkung sehr weit zu fassen und solche besonders in den Verordnungen des Konventes leicht zu erblicken, vermochte man doch eine solche nicht darin zu sehen, daß das Gesetz die formelle Erneuerung verlangt hatte, und schloß dies in den Widerruf des retroaktiven Effekts der Brumaire- und Nivôse-Gesetze nicht ein. Nur noch eine sehr wichtige Hinzufügung macht das angezogene Gesetz. Trotz des Vorhergesagten sollten näm-

lich bis zum Betrag der quotité disponible gültig bleiben alle Testamente in allen solchen Fällen, wo sich die Erbschaften zwar nach den Gesetzen vom 5. Brumaire und 17. Nivôse, aber vor dem Gesetz vom 22. Ventôse II

„qui a *déclaré formellement la nécessité de renouveler* les dispositions à titre universel."

eröffnet hatten. — Diese beschränkende Hinzufügung und ihre angeführte Motivierung ist aus zweierlei Gründen sehr wichtig. Einmal zeigt sich darin, daß der gesetzgebende Körper die Ungültigkeit der Testamente nicht auffaßte als eine Folge der Hinfälligkeit ihrer prohibierten Bestimmungen, als eine materielle Nichtigkeit, die, das prohibierte Testament überhaupt beseitigend, die reine Intestaterbfolge eintreten lassen mußte. Diese der Sache jede nähere Beziehung auf unseren jetzigen Gesichtspunkt raubende Auffassung, welche seit je bei den Testamenten eine große Rolle gespielt hat, welche aber überhaupt schwerlich möglich sein dürfte, wo die Errichtung des Testamentes dem prohibierenden Gesetze vorhergeht, lag hier nicht vor, denn sonst würde diese Nichtigkeit der Testamente auch bei den schon seit den Gesetzen vom 5. Brumaire und 17. Nivôse eröffneten Erbschaften haben eintreten müssen, weil diese Gesetze es ja eben waren, welche jene prohibitiven Bestimmungen enthielten. Dennoch sollte diese Ungültigkeit erst vom Ventôse-Gesetz ab eintreten, und zwar ausdrücklich, weil dieses — in dem oben angeführten Art. 47 — „formell die Notwendigkeit erklärt hatte, jene Testamente zu erneuern". Der legislative Körper faßte also die Ungültigkeit der Testamente nur als die Folge der Nichterfüllung der Vorschrift über die Nachholung der äußeren testamentarischen Form auf, welche er in jenem Art. 47 des Ventôse-Gesetzes

erblickte, in demselben Sinne, wie die bezogenen preußischen Patente eine solche enthalten.

Zweitens erkannte durch diese Bestimmung der legislative Körper das schon oben (Anm. 1 zu S. 270) gegen Bornemann von uns entwickelte Prinzip an, daß, wo die Notwendigkeit vorliegen soll, die Wirksamkeit einer früheren Handlung durch Nachholung einer äußeren, von neuen Gesetzen verfügten Form aufrechtzuhalten, diese Forderung vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgesprochen sein muß, und wenn eine solche Bestimmung fehlt, durch keine Interpretation aus den Gesetzen gefolgert werden darf. Darum räumte der legislative Körper nicht ein, daß schon in die Gesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse — so nahe ihnen diese Interpretation lag — durch Folgerung die Forderung hineingetragen werden dürfe, die bereits bestehenden Testamente zu erneuern, sondern erst von der ausdrücklichen Aufforderung des Ventôse-Gesetzes an datiert er die Wirkung, die bestehenden nicht erneuerten Testamente ungültig zu machen. — Der Grund hiervon ist der oben entwickelte. Die Bestimmungen, die wir bisher in diesem Paragraphen betrachtet haben, lösen sich in die gesetzgeberische Forderung an das Individuum auf, seinen Willen noch einmal zu setzen, wenn er aufrecht bleiben solle. Da dieser Wille bereits in an und für sich wirksamer Form vollbracht ist, so ist diese Forderung eine dem Individuum auferlegte Last, rechtfertigt sich aber durch das Recht des Staates, Leistungen für die Gewährung des Zivilschutzes zu fordern. Eben deshalb aber hat nur der Gesetzgeber das Recht, diese Last und Leistung zur Aufrechterhaltung des an und für sich schon Gültigen aufzuerlegen; der Richter, dem dies positive Recht nicht zusteht, kann, wo sie nicht ausdrücklich auferlegt ist, sie

nicht durch Folgerungen schaffen und dem an und für sich Gültigen seine Anerkennung versagen.

Ebenso ausdrücklich wie der § 16 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht, und in noch allgemeinerer Weise erkennt Merlin die von uns im Anfang dieses Paragraphen entwickelte Folgerung des Begriffes an. Er sagt[1]: obgleich kontraktliche Rechte, seien es aktuelle, eventuelle oder exspektative, außer dem Bereich eines späteren Gesetzes stehen, so könne das spätere Gesetz doch nichtsdestoweniger „en subordonner l'exercice à telles formalités, à telles diligences, à telles conditions qu'il lui plaît, pourvu que ces formalités, ces diligences et ces conditions *ne dépendent point* d'événements ou de faits *étrangers à la volontés des parties* auxquelles elle les impose, ou, en d'autres termes, pourvu que ces parties ne puissent imputer qu'à leur *propre incurie* la perte qu'elles éprouvent par l'omission ou l'inaccomplissement de ces formalités, de ces diligences, de ces conditions.

„Ainsi, comme nous venons de le voir, la loi ne peut pas en réduisant aujourdhui l'intérêt conventionnel de l'argent, empêcher qu'un intérêt plus haut qui a été précédemment stipulé sous une loi qui l'autorisait, ne continue d'être exigible; mais elle peut dire au créancier à qui elle conserve forcément le droit d'exiger des intérêts sur le pied de leur stipulation primitive: «tu te feras désormais payer ces intérêts dans tel délai; et faute de diligence de ta part pour te les faire payer dans ce délai, ils seront prescrits.» Et voilà pourquoi nul ne doute que l'art. 2277 du Code civil qui assujettit let intérêts a la prescription de cinq ans, ne soit applicable aux intérêts

---

[1]) Rép. de Jurisprud. v⁰ Effet retr., Sect. III, § 3, Art. 3, No. 11, T. V, p. 575.

qui, bien que stipulés antérieurement au Code civil et dans les pays où, à l'époque de leur stipulation, ils n'étaient prescriptibles que par trente ans, ne sont néanmoins échus que postérieurement à la mise en activité de cet article.

„Ainsi, la loi du 11 brumaire an VII, en établissant un nouveau système hypothécaire, n'a pas pu abolir les hypothèques qui avaient été constituées, suivant l'ancien mode; mais elle a très-bien pu dire aux créanciers à qui appartenaient ces hypothèques et elle leur a dit en effet: vous ferez inscrire ces hypothèques aux bureaux des conservateurs dans telle forme et tel délai; sinon vous serez déchus."

Schwerlich sind jemals Worte deutlicher durch die Tätigkeit des Begriffes hervorgetrieben worden als die eben angeführten, welche die von uns im Anfang dieses Paragraphen entwickelte Folgerung so ausdrücklich aussprechen. Und nur das könnte fast wundernehmen, wie Merlin, trotz dieser so klaren und, wie wir schon oben aufmerksam machten, den wahren und alleinigen Inhalt des Rückwirkungsbegriffes in so durchsichtiger und entscheidender Weise bloßlegenden Worte, dennoch nie dazu gelangte, sich diesen Begriff selbst und somit erst die wahre theoretische Begründung der hier von ihm selbst gezogenen Folgerung zum Bewußtsein zu bringen. Es könnte dies wundernehmen, wenn dies nicht eben die besondere Eigentümlichkeit der Franzosen wäre, unter der treibenden Herrschaft des echten Begriffes zu stehen, ohne sich über ihn selbst klar zu werden.

Mehr wunder kann daher nehmen, daß Merlin nicht einmal die juristische Verstandeskonsequenz seiner Worte streng festhält, wie sich in folgendem zeigt.

In dem Bezirk des Parlamentes von Toulouse genoß

der durch Zwangsverkauf expropriierte Schuldner das Recht, während zehn Jahren à rabattre le décret, d. h. gegen Erstattung von Preis und Kosten den Adjudikator zu evinzieren. Insofern Schuldner solche Zwangsverkäufe unter der Herrschaft dieses Gesetzes hatten eintreten lassen, mußte dieses Eviktionsrecht mit Grund als ein droit conventionnel, als eine stillschweigend beim Verkauf stipulierte resolutorische Bedingung gelten. Nichtsdestoweniger wurde durch Gesetz vom 25. August 1792 dies Recht in bezug auf die schon geschehenen Zwangsverkäufe aufgehoben. Der Konvent aber fühlte sehr bald die hierin liegende Rückwirkung und weit entfernt, eine solche zu wollen, verfügte er durch ein anderes Gesetz vom 12. Februar 1793 (Art. 2), daß die Abschaffung jenes Rechtes nur die nach dem Gesetz vom 25. August 1792 geschehenen Adjudikationen treffen, in bezug auf frühere Adjudikationen aber die alten Eigentümer dasselbe, solange sie noch in der früheren (zehnjährigen) Frist sich befänden, behalten sollten.

Unterm 17. Germinal II erging jedoch ein neues Gesetz, welches diese Frist abkürzte und verordnete, daß nach dem 1. Vendémiaire III eine action en rabattement nicht mehr zulässig sein solle.

In der Reaktionsperiode war man aber auch von diesem fristabkürzenden Gesetz der Ansicht, daß es rückwirkend sei. Infolgedessen wurde es durch Gesetz vom 25. Brumaire VI rapportiert, weil es in sich einschlösse „des dispositions de rétroactivité également contraire à la justice et à la déclaration des droits".

Merlin, welcher jenes Gesetz vom 17. Germinal II bespricht, ist gleichfalls der Meinung, daß es rückwirkend gewesen sei. „Denn," sagt er (a. a. O., S. 567), „si la loi peut abroger le *délai* d'un retrait purement légal, elle

n'a pas le même pouvoir à l'égard d'un retrait à la fois légal et *tacitement conventionnel.*"

Allein, wenn man auch der Ansicht sein muß, daß das Gesetz rückwirkend war, — aus diesem Grunde, daß die Frist stillschweigend konventionell war, ein Grund, der vielmehr zu einer ganz falschen Theorie führen müßte, war es dies gewiß nicht! Denn warum sollte das Gesetz nicht eine stillschweigend stipulierte Frist, ja selbst eine ausdrücklich ausbedungene, ohne Rückwirkung abkürzen können?

Einstimmig ist man der Ansicht, und Merlin selbst hat sie in den oben angeführten Worten (S. 282) ausgesprochen, daß das Gesetz Verjährungsfristen auch in bezug auf schon entstandene Forderungen ohne jede Rückwirkung abkürzen kann. Und ist nicht ebenso in jedem Kontrakt, durch den eine Forderung erworben wird, die stillschweigende Bedingung zu erblicken, daß sie nur in der zur Zeit des Kontraktes gesetzlich bestimmten Frist verjähren soll, wie in dem Zwangsverkauf unter jenem Gesetz die tazite Bedingung, in der Frist des Gesetzes das Eigentumsrecht geltend zu machen, zu erblicken ist?

Hierin also, weil die Frist eine stillschweigend konventionelle war, liegt nicht der Grund. Nicht einmal die ausdrückliche Bestellung der Verjährungsfrist in einem Kontrakte würde gegen ein späteres kürzere Fristen einführendes Gesetz schützen.

Der Unterschied liegt vielmehr in einem schon oben hervorgehobenen Begriffsmoment.

Bei der Verjährung genügt der bloße Wille des Individuums, sein Recht aufrechtzuerhalten. Wenn es sich auch stillschweigend oder ausdrücklich eine längere Frist ausbedungen hat, es kann jederzeit klagen, wenn ihm das Gesetz dies aufgibt. Es wird hierdurch also von kei-

nem anderen Umstand als von seinem Willen abhängig gemacht. Zu der Bewerkstelligung des Rückkaufs dagegen genügt nicht die einfache individuelle Willenserklärung, wie bei der Klage, sondern es muß hierzu auch noch die Offerte des Kaufpreises treten, also eine von seiner bloßen Willensmanifestation unabhängige objektive Leistung. Zur Beschaffung dieser Mittel hat sich das Individuum in der stillschweigend konventionellen Frist einen bestimmten Zeitraum ausbedungen. Dieser darf ihm also nicht verkürzt werden, weil einerseits die Rücknahme des Gutes ein bloßes vorbehaltenes Recht des alten Eigentümers, keine Pflicht desselben bildet und andererseits durch die gegen seinen Willen eintretende Verkürzung dieser Frist ihn um den Inhalt dieses Rechtes selbst bringen kann, da zur Ausübung desselben der bloße Wille nicht hinreicht.

Es ergibt sich aus dieser Analyse die allgemeine Folge: Fristen, mögen sie stillschweigend oder ausdrücklich ausbedungen sein, können durch spätere Gesetze ohne Rückwirkung verkürzt werden, wenn zur Aufrechterhaltung des dabei in Rede stehenden Rechtes der bloße individuelle Wille hinreicht. Sie können nicht verkürzt werden, wenn zu dieser Aufrechterhaltung das Individuum noch irgendeine außerhalb des bloßen individuellen Willens liegende Bedingung bedarf [1]).

In der bisherigen Untersuchung war immer nur von Fällen die Rede, wo, wie bei dem Testament, der Hypothekeninskription, der Verjährung, nur ein einseitiger Berechtigter vorhanden war, welcher zur Aufrechterhaltung

---

[1]) Insoweit liegt also in dem die Frist der action en rabattement abkürzenden Gesetz vom 17. Germinal II eine wirkliche Rückwirkung vor.

seines bereits bestehenden Rechtes seinen Willen zu setzen, resp. noch einmal zu setzen hatte.

Es folgt aber aus dem Inhalt des hier betrachteten Begriffsmoments und ist deshalb schon im Anfang dieses Paragraphen entwickelt worden, daß das wie in erworbene Rechte überhaupt, so auch in bestehende zweiseitige Verträge ohne Rückwirkung eingreifen und dieselben ganz oder teilweise aufheben oder ändern kann, wenn es nur eben das Ausschließen dieser seiner ändernden Einwirkung und das weitere Aufrechterhalten des bisherigen Rechtes von nichts anderem abhängig macht, als von einer lediglich in dem Willen des bisher mit dem betreffenden Recht ausgerüsteten Individuums gelegenen Handlung.

Es handelt sich jetzt darum, dies überaus wichtige Prinzip, dessen theoretischer Beweis schon in dem Eingang dieses Paragraphen gegeben ist, und dessen Verkennung so viele falsche Entscheidungen und irreführende Formeln über das Verhältnis der Verträge zu den Gesetzen veranlaßt hat, gleichwohl wiederum als schon im empirisch-juristischen Stoff anerkannt und tätig nachzuweisen.

Dies mag zunächst an der Justinianischen Novella 120 de alienatione et emphyteusi rerum ecclesiasticarum geschehen, die auf das sichtlichste von ihm regiert wird.

Justinian verordnet im achten Kapitel dieser Novelle: „Si locator aliquis vel emphyteuta rei pertinentis vel ad sanctissimam magnam ecclesiam vel ad aliam venerabilem domum in quocunque loco reipublicae notrae sitam aut deteriorem *reddat* rem, quam *accepit* vel *post haec accipiet*, aut per biennium emphyteuticum vel locationis canonem a se promissum *non solvat, potestatem* venerabili domui, a

qua locatio vel emphyteusis celebrata est, concedimus, ut ea quae ei pro tempore praeterito debentur, veteremque statum rei locatae vel in emphyteusin datae exigat et *emphyteusi vel locatione ejiciat,* ut qui nec de meliorationibus actionem quandam contra venerabiles domos movere possit."

Es soll also der Mieter und selbst der Pächter auf emphyteutischen Titel, wenn er binnen zwei Jahren den stipulierten Kanon nicht entrichtet oder das Grundstück deterioriert, vom Eigentümer aus der Emphyteuse herausgeworfen werden können, und dies soll auch für die bereits geschlossenen Verträge gelten.

Der abändernde Eingriff in das bestehende Vertragsverhältnis ist unleugbar. Dem emphyteutischen Pächter wird sein erworbenes Recht auf das Vertragsverhältnis entzogen durch die gesetzliche Verfügung einer Bedingung, welcher er sich bei Eingehung des Vertrages weder ausdrücklich noch stillschweigend unterworfen habe. Aber dieser Eingriff ist durchaus ohne Rückwirkung und vollkommen regelmäßig, weil die Aufrechterhaltung seines bisherigen Rechtes nur abhängig gemacht ist von zwei lediglich in seinem Willen stehenden Handlungen, von der Nichtdeteriorierung des Grundstückes, und von der nicht zwei Jahre hintereinander eintretenden Verletzung seiner kontraktlichen Pflicht zur Erlegung des jährlichen Kanons. Sehr irrig wäre es, in letzterer Hinsicht geltend machen zu wollen, daß zu dieser Entrichtung der bloße Wille nicht genüge, vielmehr außer demselben auch Zahlmittel erforderlich seien, und daß es sich daher ebenso verhalte, wie oben bei der Frist für das Rückkaufsrecht. Dort trat Rückwirkung ein, weil keine Verbindlichkeit zum Rückkauf, sondern lediglich ein Recht hierauf vorlag und dieses Recht durch die Verkürzung der

Frist wegen nicht vorhandener Zahlmittel illusorisch gemacht werden konnte.

Im gegenwärtigen Falle aber wird dem emphyteutischen Pächter nicht durch das Gesetz auferlegt, eine Zahlung zu machen, zu der er nur berechtigt, nicht verpflichtet ist: es wird ihm ebensowenig auferlegt, früher zu zahlen, als er sich verpflichtet hat. Es wird vom Gesetz nur die Nichtverletzung einer selbstübernommenen Verbindlichkeit von ihm gefordert.

Dies aber, übernommene Verbindlichkeiten nicht zu verletzen, muß nach der rechtlichen Anschauung stets als in der alleinigen Willensfreiheit des Individuums stehend angenommen werden. Die einzige Ausnahme hiervon sind die Fälle der force majeure, die darum eben auch helfen und helfen müssen.

Sehr beachtenswert ist der sorgfältig beobachtete Unterschied im Gebrauch der tempora und modi in der Justianischen Novelle, der im griechischen Text noch schärfer hervortritt. Justinian sagt, seine Verordnung solle platzgreifen, wenn einer eine Sache in Emphyteuse angenommen hat oder annehmen wird, — quam *accepit* vel post *accipiet* (*ὅπερ ἢ ἔλαβεν ἢ μετὰ ταῦτα λάβοι*). Hierfür soll es also ganz gleich bleiben, ob die Handlung — die Vertragschließung — schon geschehen ist oder erst eintreten wird, wie wir in der Tat gesehen haben, daß in beiden Fällen die Willensfreiheit des Pächters gleichmäßig erhalten bleibt. Dagegen heißt es: das Gesetz solle platzgreifen, wenn der Pächter das Grundstück deteriorieren oder den Kanon während zwei Jahren nicht zahlen wird. Hier steht der in der Verbindung mit den Bedingungspartikeln stets Futuralbedeutung annehmende Konjunktiv: *„εἴδέτις — — ἢ χεῖρον ποιήσῃ τὸ πρᾶγμα, ὅπερ ἔλα-*

βεν, ἢ ἐπὶ διετίαν μὴ καταβάλῃ τὸν παρ' αὐτοῦ ὁμολογηθέντα ἐμφυτευτικὸν ἢ μισθωτικὸν κανόνα" (si — deteriorem *reddat* — non *solvat,* oder, wie die Glosse noch bestimmter übersetzt: aut per biennium non *intulerit.*). Diese sich gleichbleibende Abwechselung in den Zeitformen der unmittelbar aufeinander folgenden Verba zeigt, daß Justinian sehr richtig gefühlt hat, worauf es ankomme. Von bereits vorgefallenen Deteriorierungen oder Nichtzahlungen soll und darf die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses nicht abhängig gemacht werden; denn dann würde sie von Handlungen abhängig gemacht, die, als vergangene, nicht mehr in dem Willen des berechtigten Individuums stehen.

Nun setze man aber den Fall umgekehrt. Angenommen, daß unter einer Gesetzgebung, wo diese Justinianische Novelle gilt, emphyteutische Verträge geschlossen sind und nun ein Gesetz erscheint, nach welchem die zweijährige Nichtzahlung des Kanons nicht mehr die Wirkung hat, den Eigentümer zur Auflösung des Vertragsverhältnisses zu berechtigen. Es ist ersichtlich, daß dieses aufhebende Gesetz auf die bestehenden Verträge nicht einwirken kann. Denn aus den früher geschlossenen Verträgen war durch die als stillschweigende Willensbedingung wirkende Kraft jener Novelle den Eigentümern das Recht erworben, im Falle zweijähriger Nichtentrichtung des Kanons das Grundstück einzuziehen, und die Aufrechthaltung dieses bestehenden Rechtes würde durch Einführung des neuen Gesetzes, da Zahlung oder Nichtzahlung des Pächters nicht ein vom Eigentümer abhängiges Willensfaktum ist, nicht, wie im vorigen Falle, von dem Willen des Berechtigten abhängig gemacht. Hier läge also vollständige Rückwirkung vor.

Wenn also Göschel, gerade diesen letzten von uns sup-

ponierten Fall betrachtend, sagt [1]), daß, wenn eine Kirche vor dem Eintritt des Allgemeinen Landrechtes vertragsmäßig ein Grundstück in Erbzins auszutun sich verpflichtet habe, zwar auf Erfüllung und Reszission des Vertrages nach den älteren Gesetzen geklagt werden könne, daß dagegen die Emphyteuse selbst, wenn nichts Besonderes vertragsmäßig festgesetzt ist, wegen des vom Landrecht aufgehobenen Unterschiedes der persönlichen Eigenschaft des Erbzinsherrn (Teil I, Tit. 18, §§ 772, 773) nicht mehr in zwei, sondern nun erst in drei Jahren verloren gehe, so ist der große Irrtum dieser Entscheidung jetzt positiv nachgewiesen [2]). Zugleich ist aber auch nach-

---

[1]) Simon und v. Strampff, Zeitschrift, II, 20 fg.

[2]) Man kann diese Göschelsche Entscheidung auch nicht aus dem Grunde aufrecht halten wollen, weil (vgl. § 7) die landrechtliche Aufhebung des Unterschiedes in der persönlichen Qualität des Erbzinsherrn dem öffentlichen Recht entflossen und somit ein zwingendes Gesetz sei. Gewiß ist sie dies insoweit, daß unter dem Allgemeinen Landrecht nicht mehr ein Erbzinsvertrag geschlossen werden kann, in welchem eine Kirche sich ausdrücklich auf Grund dessen, daß sie Kirche und nicht gewöhnlicher Erbzinsherr sei, mit Bezugnahme auf jene Novelle die zweijährige Frist stipuliert. Dies würde contra leges gehen. Aber in bezug auf die älteren Verträge wirkt der Vorzug der Kirchenqualität nur als ein gleichgültiges Motiv zu dem Willen der Parteien, den Verlust der Emphyteuse an zweijährige Nichtzahlung zu binden. Dieser Wille selbst ist aber durch das Landrecht nicht zwingend ausgeschlossen; vielmehr kann jeder Erbzinsherr eine beliebig kürzere oder längere Zeit für den Verlust der Emphyteuse festsetzen, wie sowohl von selbst klar ist, als im § 774, Tit. 18, T. I, noch ausdrücklich gesagt wird. Das Landrecht derogiert also der Privatwillkür hierin durchaus nicht. Würde es dagegen durch ein prohibitives Gesetz ausschließen, daß eine kürzere als eine dreijährige Frist bestimmt werde, so

gewiesen, welches der wahre Gedanke in der von ihm — und schon vor ihm von Meyer in seinen Principes sur les questions transitoires — aufgestellten Unterscheidung ist zwischen den „unmittelbaren und den mittelbaren Folgen eines Vertrages," von denen die ersteren nur nach dem älteren, die letzteren nach dem neuen Gesetze sich richten sollen. Daß dieser Gedanke in dieser Form, wie er bei Göschel und Meyer herausgerungen ist, falsch und prinziplos ist, ist ihnen von allen Seiten hinlänglich eingeworfen und soeben noch durch die betrachtete Entscheidung Göschels gezeigt worden. Das Wahre aber, welches sie zu dieser Unterscheidung getrieben hat und nur wegen der nicht klaren begrifflichen Erfassung des Gedankens, unter dessen Einwirkung sie standen, sich zu einer die begriffliche Natur der Sache nicht erschöpfenden und darum falschen Formel verkehrt hat, ist eben jenes aus dem Begriff entwickelte und an der Justinianischen Novelle belegte Gedankenprinzip.

Und es ist, wie nunmehr gleichfalls von selbst klar sein wird, nur die sich geltend machende Kraft desselben Prinzips, welche den badischen Gesetzgeber getrieben hat, unter die Zusätze, mit welchen der Code Napoléon als Landesgesetz für Baden verkündet worden ist, folgenden Zusatz zum Art. 2 des Code Nap. aufzunehmen:

> „Künftige Folgen einer vergangenen Begebenheit, wozu ein früheres Gesetz das Recht gegeben hatte, kann ein späteres ändern, ohne rückwirkend zu sein, solange es nur noch zwischen eintritt, ehe der Fall entsteht, der die Folgen erzeugt."

---

würde dann aus diesem Grunde die Göschelsche Entscheidung allerdings zutreffen, wie sich in § 7 ergeben wird.

Man sieht, wie hier derselbe Gedanke zugrunde liegt, den wir in der Novelle nachgewiesen haben. Der ältere Kontrakt ist eine vergangene Begebenheit. Gleichwohl kann das neuere Gesetz, ohne rückwirkend zu sein, abändernd einwirken, weil der diese Folgen erzeugende Fall der Nichtzahlung ein erst künftig, nach dem neuen Gesetze, eintretender ist. Weil aber der badische Gesetzgeber den ihn bestimmenden Gedanken nicht klar beherrscht, treibt sich derselbe nicht nur zu einem unklaren, sondern auch positiv falschen Ausdruck. Denn es reicht nicht hin, daß der die Folgen erzeugende Fall erst nach dem neuen Gesetze entsteht, es hätte auch noch gesagt sein müssen, daß sein Eintreten, um ändernde Wirkung haben zu dürfen, lediglich von dem Willen dessen abhängen muß, dessen Recht entzogen oder vermindert, oder dessen Verbindlichkeit vergrößert werden soll.

Ohne diese Bestimmung müssen große Irrtümer, wie die falsche Göschelsche Entscheidung und andere ähnliche [1]), die Folge dieses sich selbst mißverstehenden Gedankenausdruckes sein.

---

[1]) So heißt es bei Brauer (Erläuterungen über den Code Napoléon und die großherzoglich badische bürgerliche Gesetzgebung, I, 28): wenn unter einer Gesetzgebung, welche Ernährung des Kindes, Kindbettkosten und Jungfernschaftsvergütung zur Folge einer Schwängerung erklärte, eine Schwängerung eingetreten und während derselben der Code Napoléon eingeführt worden wäre, so würde diese Einführung zwar nicht die Entrichtung der Jungferntaxe, wohl aber der Kindbettkosten und des Unterhaltes für den Nichtanerkennungsfall beseitigen, weil diese nicht von der Tatsache der Schwängerung, sondern von jener der Geburt abhingen, die später wäre als die neue Gesetzgebung!! Schon die erste Voraussetzung ist unrichtig,

Dasselbe Prinzip ist es, welches — und diesmal insoweit in richtigster Anwendung — die französische Jurisprudenz zu ihrer Auslegung des Art. 1912 Cod. Nap. bestimmt hat. Derselbe verordnet, daß der Schuldner einer in perpetuum konstituierten Rente zur Wiedergabe des Kapitals solle gezwungen werden können, wenn er seinen Verpflichtungen während zweier Jahre nicht nachkommt, oder wenn er dem Darleiher die im Vertrag versprochenen Sicherheiten zu liefern unterläßt.

Wie die Justinianische Novelle ausdrücklich [1]) anordnet, daß es gleichgültig sein solle, ob der emphyteutische Ver-

---

weil die betreffenden Bestimmungen des Code Napoléon durchaus prohibitiv sind und deshalb, wie wir im folgenden Paragraph sehen werden, sofort eingreifen müssen. Sieht man aber hiervon ab, so muß auch die Verpflichtung für die Kindbettkosten usw., weil doch die Niederkunft nach einmal gegebener Schwängerung nicht mehr durch den Willen vermeidlich ist, bestehen bleiben, und diese Brauersche, dem Text des Gesetzes freiwillig ganz gemäße Folgerung muß durch ihre schlagende Inkonsequenz fast Gelächter erregen, zeigt aber dadurch am besten, wie wenig es hinreicht, daß die Tatsache nach dem Gesetz eintritt, wenn sie nicht eine freiwillige ist.

[1]) Wir wollen hier Gelegenheit nehmen zu bemerken, wie willkürlich und seltsam häufig viele Autoren mit der Benutzung solcher Gesetze, die ausdrücklich sofortige Einwirkung auf bestehende Verhältnisse verordnen, umgehen. Das einemal führen sie dies als eine Anerkennung seitens des Gesetzgebers an, daß diese sofortige Einwirkung (vulgo Rückwirkung) in der rechtlichen Natur der Sache liege. Und gegen diese Benutzung wird sich auch im allgemeinen nichts einwenden lassen. Das anderemal dagegen führen sie die ausdrückliche Verordnung als eine Anerkennung des Gesetzgebers an, daß ohne diese spezielle Verordnung das Gesetz rechtlich nicht sofort einwirken dürfe, diese Kraft ihm vielmehr ausnahmsweise durch eine die Kraft der Rechtsregeln unterdrückende Vorschrift erteilt werden müsse. Diese Schlußfolgerung ist

trag in der Vergangenheit geschlossen sei, so hat, obwohl sich der Art. 1912 Code Nap. hierüber nicht äußert, die französische Jurisprudenz sehr richtig aus der rechtlichen Natur der Sache die Folgerung gezogen, daß es gleich bleibe, ob der Rentenkontrakt unter der älteren Gesetz-

---

besonders Bergmanns Steckenpferd, und seine ganze Theorie beruht auf derselben. Man sieht aber sofort, daß es gar nichts Lahmeres gibt als diesen Schluß. Der Gesetzgeber kann sehr wohl, gerade wenn er fest überzeugt ist, daß ein Gesetz seiner rechtlichen Natur nach sofort eingreifen müsse, dies ausdrücklich anordnen, um mögliche Zweifel der Richter zu vermeiden oder widersprechenden und irrigen Auslegungen im voraus in den Weg zu treten. Man wird überhaupt im allgemeinen niemals annehmen können, daß, wenn der Gesetzgeber, um uns der Kürze halber hier dieses schiefen Ausdruckes zu bedienen, Rückwirkung verordnet, er gegen seine eigene Ansicht von dem, was die rechtliche Natur der Sache erfordere, handle! Nur daß der Gesetzgeber, der ja keine Theorie schreibt, sehr gut der Ansicht sein kann, daß zwar auf Verträge im allgemeinen nicht rückgewirkt werden dürfe, daß aber diese besondere Art von Vertrag oder diese besondere Wirkung eines solchen der rechtlichen Natur der Sache nach Rückwirkung erfordere. Er würde sich dann sogar noch sehr gut des Wortes „ausnahmsweise", welches seinen Sinn empfängt im Gegensatz zu dem allgemeinen Rechtsgebiete (z. B. Verträge), auf dem er sich gerade bewegt und zu dem, was für dieses allgemeine Gebiet zulässig ist, bedienen und doch überzeugt sein, daß die einzelne konkrete Bestimmung, die er gerade trifft, der Natur der Sache nach rückwirken müsse oder dürfe. Die Auslegung, daß der Gesetzgeber nach seiner eigenen Ansicht gegen das Recht handle, wird daher nur in den allerseltensten Fällen und nur auf Grund ganz besonderer Beweise zulässig sein. Das Verhältnis der Justinianischen Novelle, welche die Vorschrift der sogenannten Rückwirkung ausdrücklich enthält, zu dem Art. 1912 C. c., welcher sie nicht enthält und dennoch so ausgelegt wird, geben einen Beleg von dem Unkritischen dieser Bergmannschen Methode.

gebung, welche diese Verpflichtung dem Schuldner nicht auferlegte, getätigt sei, wenn nur dies zweijährige Unterbleiben der Rentenzahlungen unter der Herrschaft des Code Napoléon erfolgt sei[1]).

So entschied man auch noch mit demselben Rechte, daß der Art. 1977 des Code Napoléon, welcher verfügt, daß derjenige, zu dessen Gunsten eine vermittelst eines Kaufpreises erworbene Leibrente bestellt sei, die Resiliation des Vertrages fordern kann, wenn der Schuldner die im Vertrage festgesetzten Sicherheiten nicht liefert, auch auf Leibrentenverträge anwendbar sei, die vor dem Code Napoléon konstituiert worden[2]).

Aber die tötende Macht der Formel, diese ewige sich

---

[1]) Dagegen sprechen Proudhon, des Personnes, I, 64 (ed. Valette); Chabot, Quest. trans. v⁰ Rentes constituées, § 1er; Duranton, T. 17, Nr. 615; Valette sur Proudhon l. l. Demolombe, Cours de cod. civ., T. 1, Nr. 55. Aber die richtige Ansicht vertritt die weit größere und gewichtigere Zahl der Autoren; so Merlin, Rép. v⁰ Rente constituée, § 12, Nr. 3, und v⁰ Effet rétroactif, Sect. III, § 3, Art. 3, V, 576 sqq.; Delvincourt, III, 413; Toullier, T. 6, Nr. 250; Troplong, du Prêt, Nr. 485; Duvergier, Nr. 355 fg.; Richelot, Princip. de droit civ., T. I, Nr. 31. Und einstimmig hat sich die Jurisprudenz der Gerichtshöfe hierfür ausgesprochen. So die Urteile der Appellhöfe von Poitiers vom 27. Dezember 1809, von Bordeaux vom 25. April 1811, von Turin vom 3. Mai 1811; und der Pariser Kassationshof in seinen Urteilen vom 6. Juli 1812, vom 4. November 1812, vom 10. November 1818, vom 25. November 1839. Ebenso war in der belgischen Jurisprudenz ein heißer Kampf hierüber, der endlich durch den obersten Gerichtshof von Brüssel im richtigen Sinne entschieden wurde; s. Urteil vom 5. Mai 1820 und die Pasicrisie belge zum Urteil vom 16. Mai 1823.

[2]) Urteil des A. H. v. Riom vom 4. August 1818. (Sirey, 19, 2, 37.)

bei jedem Schritt an seine Füße heftende Gefahr des Juristen riß hin![1])

Weil man jene Punkte mit Recht so entschieden hatte, so entschied man nun auch, durch die äußere Gleichheit verführt, daß der Art. 1978 des Code Napoléon, welcher verfügt, daß das bloße Ausbleiben der Rentenzahlungen den Leibrentengläubiger nicht berechtige, die Rückzahlung des Kapitals zu verlangen, auch auf solche Leibrenten-

---

[1]) Unglücklicher- oder glücklicherweise ist es ganz unmöglich, die Wahrheit in eine Formel zu bringen! Ein klarer Beleg hierzu mag sein, daß die von uns selbst im § 1 aufgestellte Formel — wenn man sie nur wörtlich als solche und nicht nach ihrem begrifflichen Sinn auffaßt.— an den in dem gegenwärtigen Paragraph betrachteten Fällen bereits falsch geworden ist. Denn die hier betrachteten Gesetze sind sämtlich solche, welche das Individuum allerdings durch Vermittlung einer früheren Willensaktion desselben treffen — und es dennoch mit Recht und ohne Rückwirkung treffen! Die Formel ist also schon hier falsch geworden — und dennoch wird man uns jedenfalls das zugeben, daß alles bisher Gesagte mit eiserner Konsequenz aus dem von uns im § 1 aufgestellten Begriff entwickelt ist. Aber die Formel als solche kann und muß hier falsch werden, weil außer der früheren Willensaktion, durch deren Vermittlung das neue Gesetz das Individuum trifft, hier auch noch eine neue zweite und erst nach dem Gesetz eintretende individuelle Willenshandlung da ist, ohne deren Vermittlung das Gesetz das Individuum nicht treffen würde und durch deren Begehung das Individuum sich den Folgen des neuen Gesetzes mit Freiheit unterwirft.

Ebenso wird die Formel am folgenden Paragraph zuschanden, obgleich er wieder nur die strengste Konsequenz des in ihr waltenden Begriffes ist. Soll eine wahrhafte Formel für die Rückwirkung gegeben werden, so kann es nur die des Begriffes selbst sein: die individuelle Willensfreiheit dürfe nicht verletzt werden. Aber was hierin enthalten ist und nicht, zeigt nur der Reichtum der gesamten Ausführung.

verträge anwendbar sei, welche unter einem Gesetz geschlossen, das den Gläubiger in diesem Falle zur Resolution des Kontrakts berechtigt hatte[1]). So entriß man ein kontraktlich erworbenes, stillschweigend ausbedungenes Recht, welches das Motiv und die vorausgesetzte Bedingung des Leibrentenvertrages gewesen war oder gewesen sein konnte, ohne daß seine Aufrechterhaltung von der Willensfreiheit des Betroffenen abhängig gewesen wäre[2]).

[1]) Diese flagrante Rückwirkung beging der Kassationshof von Paris in seinen Urteilen vom 18. Dezember 1822 und vom 17. Juli 1824, und der A. H. von Bordeaux durch Urteil vom 19. August 1829. Dagegen entschieden — und diesmal also mit Recht — Chabot, Quest. trans. v⁰ Rentes viag., § 1er, II, 284, und der A. H. von Bordeaux in seinen Urteilen vom 10. Februar 1807 und vom 15. Dezember 1812.

[2]) Dieses falsche Resultat kann nicht wundernehmen, wenn man z. B. liest, wie Troplong an der oben (S. 296, Note 1) angeführten Stelle seine r i c h t i g e Ansicht über den Art. 1912 begründet. Er sagt: „De quoi s'agit-il? d'une cause de résolution naissant de *faits* d'exécution *postérieurs* au contrat (daß die faits spätere sind, reicht durchaus noch nicht hin) et qualifiés par la loi nouvelle. Or l'exécution des contracts se règle par la loi vivante à l'époque où l'exécution est réclamée." Diese letztere Behauptung ist in dieser Allgemeinheit ebensowenig richtig, und mit solchen abstrakten Begründungen muß man freilich dann notwendigerweise zu den falschesten Resultaten kommen, wenn sie auch bei Gelegenheit von Gesetzartikeln gegeben werden, auf die sie wirklich passen, aber nur passen wegen anderer und gerade ü b e r s e h e n e r konkreterer Bestimmungen, die dabei in Betracht kommen.

Mehr wundernehmen müßte dagegen jenes falsche Resultat, wenn man sieht, daß schon Merlin in bezug auf d i e s e n P u n k t die Formel ganz r i c h t i g u n d k o n k r e t hingestellt hat, sie aus den angeführten Entscheidungen über den Art. 1912 und seinen oben (S. 282) angeführten Worten mit sicherem logischen Takt ableitend. Er fragt sich (Rép. v⁰ Effet retr., V, 582), ob ein Gesetz, welches n e u e R e s o l u t i o n s g r ü n d e

Es muß jetzt aus dem Vorigen von selbst ersichtlich sein, wie es sich in bezug auf gewisse vom Gesetz zur Anfechtung der Gültigkeit gewisser Obligationen gewährte Gründe verhält. Gewiß entscheidet Weber[1]) mit Unrecht, daß bei dem Widerruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit oder wegen nachgeborener Kinder nicht das Gesetz zur Zeit der Schenkung, sondern das Gesetz zur Zeit der Widerrufsklage maßgebend sei, weil die Schenkung an und für sich gültig sei und erst durch eine besondere Klage entkräftet werde. Gewiß entscheidet Meyer[2]) ebenso mit Unrecht, daß es in diesen Fällen nicht auf das Gesetz zur Zeit der Schenkung, sondern auf das Gesetz zur Zeit des späteren Ereignisses, resp. der

einführt, auf die früheren Verträge einwirken könne? und er antwortet: „*Non*", si ces causes dérivent de faits antérieurs à la loi nouvelle, *ou si* lorsqu'ils sont *postérieurs, ils ne dépendent pas de la volonté de la partie contre laquelle* on voudrait provoquer la résolution. *Oui*, si elles dérivent de faits *à la fois* postérieurs à la nouvelle loi et *dépendans uniquement* de la volonté de cette partie." Man müßte wahrhaft erstaunt sein, wie hier die ganz richtige Ansicht entwickelt sein konnte, ohne dennoch in 30 Jahren auf deutsche und selbst auf französische Autoren und Gerichtshöfe den geringsten Einfluß zu üben und sie von jenen falschen Resultaten abzuhalten, wenn der Grund hiervon nicht eben darin läge, daß diese richtige Unterscheidung, welche Merlin über die „effets des contrats aufstellt," dennoch bei ihm, nur durch einen logischen Instinkt hervorgetrieben, in keinem systematischen Zusammenhang mit seiner sonstigen Ansicht von der Rückwirkung steht, die vielmehr mit den bisher üblichen Theorien übereinstimmt, so daß, indem er die Rückwirkung nicht in ihrem Begriff, als Verletzung der individuellen Willensfreiheit, aufzufassen weiß, jene Unterscheidung in dieser Isolierung ihre wahrhafte Begründung und Beweiskraft gänzlich verliert.

[1]) A. a. O., S. 107.

[2]) A. a. O., S. 175, 177, 188 fg.

Widerrufsklage ankomme, weil die Parteien bei der Schenkung an diese Ereignisse, die nur „akzidentelle Folgen“ seien, nicht hätten denken können.

Gewiß hat Savigny[1]) diese Behauptungen hinreichend widerlegt und die Halt- und Prinziplosigkeit derselben genügend nachgewiesen, die denn auch allgemein anerkannt ist[2]).

Aber gewiß ist es nicht minder falsch, wenn nun Savigny selbst hierüber also spricht[3]): „Widerruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit oder wegen nachgeborener Kinder. Es entscheidet die Zeit der Schenkung, nicht die Zeit des späteren Ereignisses, noch weniger die Zeit der auf Widerruf angestellten Klage.“ Es ist dies eben falsch, sagen wir, ja es kann auf diesem Formelnwege gar nicht zur Wahrheit durchgebrochen werden. Der Weg zu dieser ist vielmehr grundsätzlich dadurch versperrt. Es muß vielmehr eine zweifache Unterscheidung gemacht werden. Widerruf wegen Undankbarkeit und Widerruf wegen nachgeborener Kinder sind nicht von derselben Natur. Der eine findet statt wegen einer auf seiten des Beschenkten vorgenommenen freien Willenshandlung, der andere wegen eines nur seitens des Schenkers eingetretenen Ereignisses. Nur in einem bestimmten Fall wirken beide Gründe, wie wir sehen werden, in derselben Weise ein, und dies hat verführt, sie überhaupt als unterschiedslose zu betrachten. Der zweite, noch wichtigere Unterschied, der gemacht werden muß, ist der: sind die Widerrufsgründe durch das Gesetz zur Zeit der Schenkung gegeben und werden sie durch das neue aufgehoben? oder fanden sie umgekehrt zur Zeit der Schenkung nicht statt

[1]) System, VIII, 438 fg.
[2]) Vgl. Bornemann, a. a. O., S. 25 fg.
[3]) A. a. O., S. 442.

und sind erst durch das neue Gesetz eingeführt? Es ist im hohen Grade verwunderlich, daß die Juristen stets und fast ohne Ausnahme beide Arten von Gesetzwechsel für identisch wirkend betrachten, nicht nur in diesen, sondern ebenso in allen ähnlichen Fällen[1]). Nichts hat verderblicher gewirkt und mehr zum Irrtum gezwungen als diese unselige Formelnmethode, da nur in zu häufigen Fällen der konstitutive Unterschied gerade darin liegen wird, ob es das alte Gesetz ist, welches die Befugnis übertrug, die von dem neuen aufgehoben werden soll, oder ob sie umgekehrt erst durch das neue Gesetz eingeführt wird.

Betrachten wir also die Zulässigkeit jener Widerrufsklagen nach den angegebenen Unterscheidungen. Sind die Widerrufsgründe durch das Gesetz zur Zeit der Schenkung gegeben, so wirken sie als stillschweigender Vorbehalt des Schenkenden, und hier ist es dann deshalb gleichgültig, ob der Widerruf sich auf Undankbarkeit oder auf nachgeborene Kinder gründet. In beiden Fällen hat sich der Schenkende durch die als stillschweigende Bedingung in den Kontrakt übergehende gesetzliche Bestimmung kontraktlich den Widerruf vorbehalten und der Beschenkte sich dem unterworfen. Der Schenker hat nur mit Hinblick auf diese Widerruflichkeit, falls ihm Kinder entstünden oder Undankbarkeit zugefügt würde, geschenkt. Er kann wenigstens nur mit Hinsicht auf diese Garantie die Schenkung getätigt haben, die er sonst vielleicht ganz unterlassen oder anders eingerichtet haben würde. Wie wäre es also möglich, ohne Denaturierung seiner Handlung, und also ohne eine seinem Willen Ge-

[1]) Vgl. z. B. über die Zulässigkeit des Zeugenbeweises oben S. 248 fg.

walt antuende Rückwirkung ihm diese kontraktlichen Vorbehalte zu rauben, bloß weil ein neues Gesetz sie nicht mehr als schon ohne besondere Verabredung gültige, selbstredende Vorbehalte anerkennt?

Anders wenn das Gesetz zur Zeit der Schenkung die Widerrufsgründe nicht kannte und sie ein neues Gesetz einführt. Hier ist zu unterscheiden, ob sich der Widerruf auf nachgeborene Kinder oder auf Undankbarkeit gründet. Im ersteren Falle kann das neue Gesetz durchaus nicht einwirken. Es wurde dem Beschenkten eine unwiderrufliche Schenkung gemacht, und er hat sie als solche akzeptiert. Wäre sie widerruflich gewesen, so würde er sie vielleicht gar nicht angenommen und sich so z. B. der Chance ausgesetzt haben, nach Empfang eines Vermögenszuwachses, der ihn zu einer Änderung seiner Lebensweise oder einem Aufgeben oder Vertauschen seines Geschäftsbetriebes veranlassen konnte, dies Vermögen später eventuell zurückgeben zu müssen und dann hierdurch schlimmer zu stehen als vor dem Empfang desselben. Hier also wendet sich der Bruch seines Willens und die Rückwirkung gegen den Beschenkten.

Aber nicht so verhält es sich, wenn der Widerruf sich auf Undankbarkeit gründet (natürlich insofern die Handlungen der Undankbarkeit nicht schon dem neuen Gesetze vorausgegangene sind). Wenn der Beschenkte die Erzeugung von Kindern seitens des Schenkers nicht verhindern kann, so hängt es dagegen nur von seinem Willen ab, von jetzt ab keine Handlungen der Undankbarkeit zu begehen. Begeht er sie dennoch, so hat er sich mit freiem Willen den ihm bekannten Folgen unterworfen, die das jetzt geltende Gesetz daran knüpft, hat selbst auf die Unwiderruflichkeit der Schenkung verzichtet. Da es nur bei ihm stand, dieselbe aufrechtzuerhalten — wie kann er sich

über auf seinen Willen ausgeübte Gewalt und also über Rückwirkung beklagen? Was soll ihm das neue Gesetz entrissen haben? Die Schenkung noch nicht — sondern nur ein Recht auf Undankbarkeit. Ein solches gibt es überhaupt nicht, und am allerwenigsten ein erworbenes. Wenn man sehr weit gehen will, so würde man nur sagen können, es ist ihm eine gesetzliche Befugnis entrissen, gewisse Handlungen zu begehen. Aber solche abstrakte gesetzliche Befugnisse sollen ja eben, wie allgemein anerkannte Lehre und auch diejenige Savignys ist, durch neue Gesetze sofort geändert werden.

§ 7. Absolute Gesetze. Begriffliche Einwirkung auf erworbene Rechte. Aufhebung ohne und mit Entschädigung. Auflösung des Entschädigungsscheines. Das begriffliche Prinzip des Unterschiedes. Beispiele. Französische und preußische Gesetze. Die Grundsteuerfreiheit. Die *beiden Klassen* von absoluten Gesetzen und ihr begrifflicher Unterschied. Wuchergesetz; lex commissoria. *Die Pandektentheorie.*

Das Individuum kann durch seine Handlungen, durch einseitigen oder zweiseitigen Vertrag, sich oder anderen Personen Rechte nur sichern, wenn und insoweit die bestehenden Gesetze dies erlauben.

Es kann selbst wundernehmen, in einer wissenschaftlichen Behandlung des Rechts einen so elementaren und sich von selbst verstehenden Satz erst noch ausdrücklich erwähnt zu sehen.

Und dennoch ist es nur die Vernachlässigung dieses einfachen Elementarsatzes und seiner in ihm enthaltenen Konsequenzen, welche die Quelle von unzähligen Schwie-

rigkeiten gewesen ist, die man sich selbst bereitet hat, und von ebenso zahlreichen und großen Irrtümern, in die man bei der beabsichtigten Lösung jener Schwierigkeiten verfiel.

Denn in jenem hervorgehobenen Satze ist auch schon von selbst der Folgesatz enthalten: das Individuum kann sich und andern nur insoweit und auf so lange Rechte sichern, insoweit und so lange die jederzeit bestehenden Gesetze diesen Rechtsinhalt als einen erlaubten ansehen.

Mit anderen Worten: wir haben hier den Gedankengrund der zerstörenden und dennoch von jeder Rückwirkung freien Einwirkung prohibitiver oder zwingender Gesetze[1]) auf frühere Verträge vor uns, und es ist gegenwärtig unsere Aufgabe, die Rechtmäßigkeit dieser Einwirkung, die begrifflichen Grenzen derselben und ihre Übereinstimmung mit unserer Theorie der individuellen Willensfreiheit näher zu entwickeln.

Diese Rechtmäßigkeit und — was damit zusammenfällt — die Nichtverletzung des Begriffes der rechtlichen Willensfreiheit ist aber durch den einen Satz erwiesen, dem seine Begründung sofort auf dem Fuße folgen soll, daß:

> jedem Vertrage von Anfang an die stillschweigende Klausel hinzuzudenken ist, es solle das in demselben für sich oder andere stipulierte Recht nur auf so lange Zeit Gel-

---

[1]) Savigny hat die sehr passende Benennung: absolute Gesetze, für sie eingeführt, unter welchen alle solche Gesetze verstanden werden, über welche der Privatwille nicht paziszieren kann, während alle Gesetze, welche ein Abweichen der Privatwillkür gestatten, von ihm als vermittelnde bezeichnet werden.

tung haben, solange die Gesetzgebung ein solches Recht überhaupt als zulässig betrachten wird.

Und diese Klausel ist um so mehr in jeden Vertrag als die eigene Willenserklärung der Parteien hineinzudenken, als ein entgegengesetzter Wille derselben ein von Haus aus unrechtlicher und ungültiger wäre.

Die Begründung ist einfach. Die alleinige Quelle des Rechtes ist das gemeinsame Bewußtsein des ganzen Volkes; der allgemeine Geist. Seit Hegel ist dieser Satz theoretisch so festgestellt, daß er keines neuen Beweises bedarf. Seit Savigny [1]) ist er den positiven Juristen so eingeimpft, daß auch von ihnen kein Widerspruch mehr zu befürchten ist. Savigny unterließ nur, die für unser Gebiet erforderliche erschöpfende Folgerung daraus zu ziehen. Diese streng logisch-notwendige Folgerung ist die: daß es für das Individuum rechtlich unmöglich ist, die Gemeinschaft mit dieser alleinigen Substanz des Rechtes aufzugeben, seinen Zusammenhang mit ihr zu zerreißen und sich gegen ihren Wandel festhalten zu wollen. Eine solche Absicht des Individuums würde, statt rechtlich in Betracht zu kommen, vielmehr (ähnlich wie wir dies von der Rückwirkung in § 1 gesehen haben) das absolute Unrecht bilden, den Rechtsbegriff selbst aufzuheben. Denn dieser besteht eben nur in dieser Gemeinschaft, besteht nur darin, daß das, was jederzeit den absoluten Inhalt des allgemeinen Bewußtseins bildet, auch für alle einzelnen da und vorhanden sei.

---

[1]) Und gerade auch wieder bei unserer Materie erinnert er ausdrücklich an denselben (VIII, 533: „Das Recht hat seine Wurzel in dem gemeinsamen Bewußtsein des Volkes," und S. 536), ohne ihn aber zu seinen Konsequenzen zu entwickeln.

Die Absicht, durch das Erwerben eines Rechtes dasselbe gegen eine spätere dieses Recht ausschließende Gestalt des öffentlichen Rechtsbewußtseins zu befestigen und sich also gegen den Zusammenhang mit diesem und seine Fortwandlung in isolierter Selbstherrlichkeit festhalten zu wollen, würde somit den sich sofort logisch selbstzerstörenden Widerspruch in sich einschließen, in demselben Akt die Gemeinschaft mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein und die Trennung von demselben zu gleicher Zeit zu setzen. Denn das einzelne Recht, das eben erworben werden soll, hat zum letzten und wahren Titel seiner Gültigkeit wiederum nicht das bestimmte es gestattende Gesetz, welches selbst nur ein einzelner Ausfluß des Rechtsbewußtseins ist, sondern es hat zu seinem wirklichen Träger vielmehr nur den Quell dieses Ausflusses, jenes allgemeine Rechtsbewußtsein des Volkes selbst. Auch während seines Bestehens und Geltens besteht und gilt dies Recht als ein Recht nur auf Grund seiner konformen Gemeinschaft mit diesem Wesen alles Rechtes. Ein Recht erwerben und es auch für die Zeit festhalten wollen, wo das allgemeine Bewußtsein dies Recht nicht mehr als zulässig und erlaubt anschauen wird, heißt also in einem Atem den Rechtstitel, auf Grund dessen man erwirbt, die Übereinstimmung mit dem allgemeinen Bewußtsein, setzen und aufheben, anrufen und ausschließen zu gleicher Zeit!

Durch Erwerbung eines Rechtes kann sich daher das Individuum niemals der Einwirkung des allgemeinen Rechtsbewußtseins entziehen wollen. Sondern gerade eher nur durch Nichterwerbung wäre dies insoweit mindestens ohne logischen Widerspruch möglich, und nur ein solches Individuum würde diese Einwirkung wirklich

von sich abhalten können, welches, wenn dies denkbar wäre, nun und niemals ein Recht weder erwerben noch ausüben und haben wollte. Denn Erwerben heißt seitens des Individuums selbst das öffentliche Bewußtsein als ein für den Handelnden gültiges und verbindliches bestellen, und die nicht erworbenen Rechte sind, wie wir früher gesehen haben, überhaupt nur vom Gesetz verliehene und mit jedem, sogar nicht prohibitiven Ruck desselben wandelnde Fähigkeiten!

Das Individuum kann sich also von vornherein ein Recht in gültiger Weise nur auf so lange stipulieren. so lange die Gesetze dies Recht für ein erlaubtes betrachten werden.

Das Gesagte ändert sich auch durchaus nicht, wenn ein Gesetz in aeternum und ausdrücklich gegen jeden künftigen prohibitiven Gesetzgebungswandel ein bestimmtes Recht sich zu sichern den Individuen erlauben sollte. Ein solches Gesetz würde natürlich gar keine längere Zeitdauer beanspruchen können als jedes andere Gesetz, d. h. keine längere Dauer als eben die seines gesetzlichen Bestehens. Ein solches Gesetz, welches nur aus einer irrigen Auffassung der inneren und ewigen Natur alles Rechtes hervorgegangen wäre, würde natürlich mit der besseren Erkenntnis des Rechtes als der stetigen Verwirklichung des jederzeitigen allgemeinen Vernunftgehaltes sofort von selbst verschwinden und wirkungslos werden müssen. Auch würde diesem Gesetze ebensowenig durch eine es ergreifende Handlung des Individuums (§ 3) zu einer längeren Dauer verholfen werden können als einem anderen Gesetze, d. h. zu längerer Dauer als bis eben zu dem Moment, wo seine Geltung durch eine die Natur

des Rechtes besser erkennende Gesetzgebung prohibiert und ausgeschlossen ist.

Es läßt sich also vom Individuum kein Pflock in den Rechtsboden schlagen und sich mittels desselben für selbstherrlich für alle Zeiten und gegen alle künftigen zwingenden oder prohibitiven Gesetze[1]) erklären. Denn nichts anderes als diese verlangte Selbstsouveränität des Individuums liegt in der Forderung, daß ein erworbenes Recht auch für solche Zeiten fortdauern soll, wo prohibitive Gesetze seine Zulässigkeit ausschließen.

Ein zeitweilig bestehendes Gesetz stellt einen Rechtsinhalt als einen erlaubten hin. Das Individuum kann denselben erwerben, d. i. zu dem seinigen machen und fordern, daß dieser Rechtsinhalt für es bestehe, solange irgend die Gesetzgebung denselben als einen erlaubten und zu erwerbenden zuläßt. Aber was dem einzelnen nicht zustehen kann, ist dies, das zeitweilig bestehende Gesetz zu dem für ewige Zeiten, trotz aller späteren ausschließenden Gesetze, für ihn bestehenden und ihn regierenden Gesetz zu proklamieren. Es heißt dies durch die Kraft der Logik gar nichts anderes, als: sich selbst zu seinem eigenen Gesetzgeber erklären, indem man durch eigene Machtvollkommenheit ein Gesetz über die Zeit seiner Dauer hinaus und in die Zeit der diesen Rechtsinhalt ausschließenden, prohibitiven Gesetze hinein als noch maßgebend und verbindlich kontinuieren will. Es braucht aber dieser Anspruch nur auf diese seine logische Natur zurückgeführt zu werden, um seine ganze Nichtigkeit, sein totales Verstoßen gegen den Rechts-

---

[1]) Wir bemerkten bereits (S. 304, Anm. 1), daß wir hierunter mit Savigny alle solche verstehen, welche kein Abweichen der Privatwillkür gestatten (vgl. oben S. 74 fg.).

begriff selbst, und sein ebenso rechtswidriges als unsittliches Zerreißen des Zusammenhanges mit der alleinigen Substanz alles Rechtes, dem allgemeinen Bewußtsein, bloßzulegen.

Es läßt sich also, sagen wir, ebensowenig ein solcher Pflock in den Rechtsboden treiben, als sich ein Pflock in das Erdreich schlagen und verlangen läßt, daß dieser selbst dann noch an seiner Stelle bleibe, wenn sich das ganze Erdreich, in dem er haftet, in Bewegung setzt.

Dies ist der wahre Sinn des oft gehörten Anspruches: es gibt kein Recht gegen das Recht. Es heißt dies nichts anderes, als daß jedes einzelne Recht der Umwandlung der Rechtssubstanz selbst folgt, aus der es hervorgegangen und in der es haftet.

So einfach und leicht zu lösen sind die über das Eingreifen späterer Prohibitivgesetze der verschiedensten Art[1]) so unaufhörlich erhobenen Schwierigkeiten, und so sehr diese Entwickelung nur auf den innersten Konsequenzen des von unserer gesamten modernen Philosophie aufgestellten Rechtsbegriffes beruht[2]), ebensosehr ist sie vermöge ihrer logischen Natur, wie wir später sehen werden, in den Entscheidungen der alten römischen

---

[1]) Wir heben aber einstweilen hervor, daß, wie schon in unserer Ausdrucksweise deutlich genug liegt, wir hier immer nur von materiellen Prohibitivgesetzen reden, nicht also von solchen, die sich nur gegen die Form von Handlungen richten. Siehe im Verlauf dieses Paragraphen über die beiden Klassen von Prohibitivgesetzen.

[2]) Siehe z. B. Fichte, „Gesamte Werke", VII, 560: „Nun kann aber der Mensch nichts versprechen, er kann sich in nichts binden, was gegen seine Bestimmung ist. — Gründlich: es gibt nach mir gar keine geltenden Verträge, als die durch das Recht geforderten."

Juristen stets tätig gewesen und zur Anerkennung gekommen.

Von dem Gesagten aus ergibt sich nun bereits zunächst mit einem Blicke die ganze Hohlheit und tiefe Rechtswidrigkeit des sinnverwirrenden interessierten Geschreies, welches die Berechtigten jederzeit anheben, wenn der öffentliche Geist in seiner Fortentwickelung dazu gelangt ist, den Fortbestand eines früheren Rechtes, z. B. Leibeigenschaft, Hörigkeit, Roboten, Bann- und Zwanggerechtigkeiten, Dienste und Abgaben bestimmter Natur, Jagdrecht, Grundsteuerfreiheit, fideikommissarische Erbfolge usw. von jetzt ab auszuschließen.

Von einer Rückwirkung, von irgendwelcher Kränkung erworbener Rechte, kann, wie wir gesehen haben, in allen diesen Fällen gar nicht die Rede sein.

Machen wir hier einen kurzen vorläufigen Ruhepunkt und überblicken wir schon hier das Verhältnis unserer Theorie, wie sie sich bisher in konsequentester Folge vom strengsten Begriff der individuellen Willensfreiheit ausgehend entwickelt hat, zu der von dem philosophischen Verklärer einer untergehenden Welt, Herrn Stahl, aufgestellten Lehre, obgleich die letzte Begründung des im Anfang des gegenwärtigen Paragraphen Gesagten und seine innerste Einheit mit dem in § 1 aufgestellten Begriffe, aus welchem wir alles weitere abgeleitet haben, in noch tieferer Weise und noch strengerer Systematik sich erst im weiteren Verlauf dieses Paragraphen sowie des § 10 (vgl. auch § 13) ergeben wird.

Der moderne Neuplatoniker, Herr Stahl, beginnt seine Lehre über die erworbenen Rechte (Philosophie des Rechts, dritte Auflage, Bd. 2, §§ 15—18, S. 336 bis 343) damit, daß er dieselben definiert als solche, die „bestimmte Handlungen oder bestimmte Vor-

gänge und Lagen voraussetzen" (S. 336). Der Schutz der erworbenen Rechte wird dann darauf basiert, daß die Person „handelndes Subjekt" ist, und es „zum Wesen der Person gehört, für ihren Zustand wirksam und ihres Zustandes sicher zu sein", daß also „der Rechtszustand eines Menschen nicht bloß Resultat seines Begriffes als Persönlichkeit, sondern zum Teil auch sein eigenes Werk, Resultat seines Handelns und beziehentlich des Handelns der anderen Personen sein müsse", da, wenn dieser von der Person sich selbst konstituierte Zustand nicht anerkannt würde, dem Menschen die „Selbstursächlichkeit" entzogen wäre; weshalb der Zustand, wie ihn der Mensch „der bestehenden Ordnung gemäß (legal) begründet oder durch Ereignisse gewonnen hat", ihm „unentziehbar als Erweiterung seiner selbst" bleiben müsse. Er würde sonst „nicht wahrhaft als Person behandelt werden, sondern lediglich als Begriff oder Objekt, welchem gewisse Wirkungen notwendig zukommen". Insoweit hier in dieser Betonung, daß die Person handelndes Subjekt und darum Selbstursächlichkeit ihres Zustandes sein müsse, der Begriff der individuellen Willensfreiheit tätig ist, so ist derselbe gerade erst bei uns (§ 1) zu seiner wahrhaften Anerkennung und begrifflichen Entwickelung gelangt, indem gezeigt wurde, daß jede Vernichtung oder Verletzung einer individuellen Willensaktion als Denaturierung des Wissens und Wollens des Subjektes den Begriff des subjektiven Geistes, seine Freiheit und Zurechnungsfähigkeit aufheben, den Geist zur Sache machen würde; daß also auch die Idee der erworbenen Rechte nur im Begriff des Menschen beruht und letzterer daher, wenn er in erworbenen

Rechten geschützt wird, gleichfalls nur „lediglich als — ein bestimmter Begriff, welchem gewisse Wirkungen notwendig zukommen", behandelt wird. Herr Stahl bemüht sich also ebenso vergeblich wie grundlos, gegen die Behandlung des Menschen nach seinem Begriffe zu polemisieren und irgend anderswo in der Luft ein Prinzip zu finden, auf welches der „Schutz" der erworbenen Rechte zu gründen sei[1]).

Nur insofern ist diese Polemik gegen den Begriff subjektiv allerdings berechtigt, als bei Herrn Stahl von Anfang an in greulichster Begriffsverwirrung die entschiedensten Gegensätze friedlich beieinander schlummern! Wenn nämlich

---

[1]) Herr Stahl urgiert dies nochmals in der Anmerkung, wo er sagt: „Dieser Irrtum — der Nichtanerkennung erworbener Rechte — hängt auf das engste mit dem rationalistischen Prinzip zusammen: Anerkennung nur dessen, was logisch folgt, Ausschließung alles dessen, was Persönlichkeit, Freiheit, Tat zur Ursache hat," weshalb denn auch Hegel, wie seine Abhandlung über die württembergischen Landstände, die englische Reformbill usw. zeige, keinen Sinn für erworbene Rechte gehabt habe. Aber dieser Gegensatz, wie er hier aufgestellt wird, ist überhaupt gar kein Gegensatz! Was wahrhaft durch „Persönlichkeit, Freiheit, Tat" begründet wird, ist zugleich das, was logisch folgt, aus dem logischen Begriff des subjektiven Geistes folgt, wie wir dies gerade durch unsere gesamten, von dem Begriff der subjektiven Freiheit ausgehenden Ausführungen bereits bisher zur klarsten Evidenz gebracht haben und weiter bringen werden. Freilich hat bei Herrn Stahl dieses Ankämpfen gegen den Begriff seinen tieferen Grund; denn wo von dem Begriff und der begrifflichen Freiheit des Subjektes ausgegangen wird, da ist dann freilich der Sprung in die individuelle Willkür der germanischen Feudalwelt und das Festhalten ihrer versteinten Ordnung gegen den Fluß des historischen Begriffes nicht mehr möglich.

Herr Stahl schon in der zuerst angeführten Definition der erworbenen Rechte sie als solche bezeichnet, welche „bestimmte Handlungen oder bestimmte Vorgänge und Lagen voraussetzen“, so wird von ihm gänzlich außer acht gelassen, daß diese beiden Faktoren, Handlungen einerseits und Vorgänge und Lagen andererseits, ja gerade in bezug auf den Punkt, aus welchem der Schutz der erworbenen Rechte fließen soll, die striktesten Gegenteile sind. Denn wenn derselbe darauf basiert werden soll, daß die Person „Selbstursächlichkeit“ ihres Zustandes, „handelndes Subjekt“ sei, ihr Zustand „ihr Werk sein müsse“, so kann dieses Moment ja schlechterdings nur für die eigenen individuellen Handlungen des Individuums angerufen werden, aber nicht für das, was ihm durch objektive Vorgänge und Lagen entstanden ist, weil solche ja eben nicht in der Selbstursächlichkeit des handelnden Subjektes ihren Grund haben und diese daher auch nicht durch die Entziehung eines durch sie nicht Entstandenen beeinträchtigt werden würde.

Wenn durch einen bloßen Vorgang oder eine Lage ein erworbenes Recht entstehen könnte, so müßten dann sogar auch lediglich durch die Handlungen dritter Personen, z. B. durch Schenkung vor der Akzeptation oder durch erlittene Beschädigung — die ein bloßes willenloses Leiden darstellt — erworbene Rechte entstehen können, wie Herr Stahl auch ausdrücklich betont, es müsse der Rechtszustand des Menschen zum Teil auch sein „eigenes Werk, Resultat seines Handelns und beziehentlich des Handelns der anderen Personen sein“. Ja, es müßten dann ganz ebensogut auch die bloß durch das Gesetz verliehenen Rechte erworben sein. Denn auch unter einem bestimmten Ge-

setze geboren sein, ist eine Lage, oder wenn ein Gesetz während meines Lebens erlassen wird, so ist dies ein Vorgang, durch den mir Rechte entstehen. Auch ist zwischen den Handlungen dritter Personen und denen des ganzen Volkes — dem Erlaß von Gesetzen — überhaupt dem Begriff nach für den hier in Rede stehenden Punkt gar kein Unterschied. Denn alle Individuen in ihrer Gesamtheit — das ganze Volk — sind für das einzelne Individuum gewiß um nichts mehr (sondern wegen der geistigen Gemeinsamkeit nur eher weniger) andere gegen es, als die besondere andere Person.

Wenn daher eine Theorie wahrhaft, wie die gegenwärtige, von dem Begriff der individuellen Willensfreiheit ausgehen will, so muß sie vor allem die Handlungen dritter Personen und die Aktion der Gesetze, als gleich wenig der eigenen Willensaktion des Individuums entflossen, dieser gegenüberstellen und als erworbenes Recht nur das bestimmen, was durch die eigene individuelle Willensaktion erzeugt worden ist. Eine solche Theorie muß dann zeigen, wie wir dies in § 2 A—E getan haben, wie die aus dem Erbrecht, Quasikontrakt, negotiorum gestio, Klagverjährung und Usukapion entspringenden Rechte (vgl. § 9 über den Besitz) nur scheinbar aus Handlungen dritter Personen oder Vorgängen und Ereignissen entstehen, nach ihrer begrifflichen Natur sich aber in Wahrheit als durch die eigene Willensaktion des berechtigten Individuums erzeugt darstellen. Nicht einmal das Erbrecht würde uns haben als ein erworbenes Recht gelten können — was freilich dann mit gutem Grunde dem gesunden Rechtsgefühl als bester Beweis für die Unwahrheit der Theorie gegolten haben würde —, wenn es nicht bei der tieferen

begrifflichen Betrachtung seinen sinnlichen Schein abgestreift und sich als die eigene Willensaktion des Individuums ergeben hätte (s. § 2, A und Bd. 2). Selbst die durch dolus, Irrtum und Zwang dem Individuum entstehenden Rechte mußten sich erst in solche, die durch die eigene innere Willensaktion hervorgebracht sind, auflösen, damit es nicht scheinen könne, daß erworbene Rechte dem Individuum durch Handlungen dritter Personen oder selbst durch eigene Handlungen, die aber dennoch nicht Produkt seiner Willensfreiheit sind (ungewollte Handlungen), entstehen können (§ 2, B).

Wenn die Auflösung dieser Institute eine theoretische Notwendigkeit war, um überhaupt von dem Begriff der individuellen Willensfreiheit als dem Gesetz der Materie sprechen zu können, so zeigt sich dann die praktische Wichtigkeit dieses Gegensatzes darin, daß nur durch seine schärfste Festhaltung die Verwirrung vermieden wird, die realiter bloß durch Ereignisse oder Handlungen dritter Personen entstandenen Rechte (s. z. B. § 5 das Einspruchsrecht; die Unterschiede beim Widerruf von Schenkungsakten in § 6; die Obligationen aus den Delikten, s. sub III Anwendungen Nr. III; die Unterschiede im Erbrecht) für erworbene zu nehmen. Ja, wie erst durch diesen Gegensatz klar wird, warum Ereignisse, Handlungen dritter Personen und Gesetz sämtlich auf derselben Linie und der individuellen Willensaktion gegenüberstehen, so wird auch hier erst klar, warum die nur durch das Gesetz verliehenen Rechte schlechterdings niemals erworbene sein können.

Indem Herr Stahl aber von Anfang an die Begründung von Rechten durch individuelle Handlungen und durch Vorgänge, Lagen, Ereignisse und das Handeln anderer Personen ganz unbefangen als identische statt als ent-

gegengesetzte nimmt und gleichmäßig als erworbene behandelt, so entsteht zunächst als natürliche Folge, daß, was zuerst von ihm als Grund für den Schutz der erworbenen Rechte ausgegeben wird — die Anerkennung der Person als handelndes Subjekt — auf das, was er sagt und behauptet, in keiner Weise paßt und nur die Rolle einer falschen Phrasenverbrämung spielt. Es liegt in dieser unbefangenen Behandlung strikter Gegensätze als identischer Begriffe, wenn sie unbewußt geschieht, ein für ein philosophisches Werk unerträglicher Mangel des einfachsten theoretischen Denkens, oder, wenn sie bewußt geschieht, eine widerwärtige Sophistik.

Aber wir zeigten bereits, daß die notwendige Gedankenfolge dieser Gleichstellung von individuellen Handlungen und Vorgängen, Lagen und Handlungen Dritter diejenige sein müsse, auch die durch das Gesetz entstandenen Rechte — weil sie dem Individuum gegenüber mit jenen nur auf gleicher Linie stehen — zu erworbenen Rechten zu machen. Und in der Tat macht sich diese Konsequenz sofort bei Herrn Stahl geltend, und das bei ihm Folgende läßt keinen Zweifel darüber, daß dies sein wahrer Sinn sei. So sagt er bereits auf der folgenden Seite, wie der Mensch „seinen Rechtszustand der bestehenden Ordnung gemäß begründet oder durch Ereignisse gewonnen hat, so muß er ihm unentziehbar bleiben als Erweiterung seiner selbst". Zu den „Ereignissen", durch welche ein Rechtszustand „gewonnen" wird, gehört doch aber auch unbedingt der Erlaß eines Gesetzes, das mich durch seine bloße Aktion mit einem bestimmten Rechtszustande befaßt, und so rückt die Konsequenz näher und näher, daß auch die nur durch das Gesetz selbst übertragenen Rechte feste, keinem Ge-

setzwechsel mehr zugängige Versteinerungen sein sollen. Und in der Tat heißt es noch auf derselben Seite: die Nichtanerkennung erworbener Rechte entziehe dem Menschen die Selbstursächlichkeit und Sicherheit für seine Rechtssphäre „— sie gewährt ihm nur, was in jedem Augenblick die übrigen für sein Recht ansehen, nicht was nach einer unzweideutigen gegenständlichen Ordnung sein Recht ist". Während also oben der phraseologische Anschein genommen wurde, vom „handelnden Subjekt" auszugehen, sind wir hier bereits bei der Heiligsprechung der bestehenden „gegenständlichen Ordnung" angelangt, die nun mit allen aus ihr fließenden Rechten das erworbene Recht der Person bilden soll!!

Und nun freilich kann es nicht mehr wundernehmen, wenn wir sofort auf der nächsten Seite hören (S. 338): „Auch politische Stellungen werden auf diesem Wege als Rechte erworben", wobei an die englische Pairie erinnert wird.

Da „politische Stellungen" immer nur allgemeine von dem Gesetz selbst übertragene Qualitäten sind — Stahl selbst bezeichnet hierbei die Pairie als die individuelle geschichtliche Gestaltung einer im Wesen des Staates begründeten organischen Stellung —, so tritt also hier auf das stärkste heraus, daß selbst die bloß durch das Gesetz verliehenen Rechte, mit denen das Individuum nur von der Gesellschaft befaßt wird (s. § 1), nach Herrn Stahl erworbene Rechte bilden, wobei sich nun freilich die Phrasen vom „handelnden Subjekt" in ihr striktes Gegenteil getrieben haben.

Da Herr Stahl nicht von dem wahrhaften Begriffe des subjektiven Geistes ausgeht, so kann er natürlich noch viel weniger zu der in dem gegenwärtigen Paragraphen

entwickelten Folgerung von dem rechtmäßigen Einwirken prohibitiver Gesetze auf Rechte, die wirklich durch individuelle Willensaktion erworben worden sind, gelangen, eine Folgerung, die sich, wie bereits im Eingange dieses Paragraphen gezeigt worden ist und im Verlauf desselben, sowie in den §§ 10 und 13 noch näher zum Vorschein kommen wird, schlechterdings nur aus dem philosophischen Begriffe des subjektiven Geistes und dem daraus herfließenden Verhältnis des freien individuellen Willens zu seiner eigenen Substanz, dem allgemeinen Geiste, ergibt.

Für Herrn Stahl ist also die berühmte Nacht vom 4. August 1789, auf welche wir bald näher zu sprechen kommen werden, der „Zugführer" des europäischen Unrechtes, die „Bartholomäusnacht des Eigentums" (S. 341). Nach ihm müssen (S. 338), „auch wenn der Rechtszustand nicht vollkommen, ja nicht angemessen war, nach welchem diese zufälligen politischen Berechtigungen und Ungleichheiten entstehen konnten", die Berechtigungen, die „einmal rechtmäßig entstanden sind[1])", kraft des Rechtes der Person (!!) geachtet und geschützt werden.

„Dies gilt" — fährt Herr Stahl fort — „namentlich auch von den sogenannten feudalen Rechten. Auf ihre Angemessenheit für die damalige oder die jetzige Zeit kommt nichts an. Darüber mag man streiten und dürfte das Urteil wohl ja für die verschiedenen Rechte verschieden ausfallen. Ihre Rechtmäßigkeit für damals unterliegt keinem Zweifel und danach stehen sie allen

[1]) Was wiederum sehr genau auf alle bloß legalen Berechtigungen paßt. Denn die „rechtmäßige Entstehung" derselben für den einzelnen, dem sie durch das Gesetz attribuiert werden, läßt sich doch gewiß nicht in Abrede stellen.

anderen erworbenen Rechten gleich. Keine Zeit ist berufen, Gericht zu halten über die Vergangenheit und die aus derselben stammenden Rechte je nach ihrem Urteil über die Angemessenheit anzuerkennen oder zu vernichten.“ Daß keine Zeit berufen ist, Gericht zu halten über die Vergangenheit, ist sehr richtig, und sowohl im Verlaufe dieses Paragraphen wie des § 10 wird hiermit Ernst gemacht und nachgewiesen werden, welche begrifflichen und juristischen Unterschiede hieraus entspringen und wie die Vergangenheit immer von ihrem Rechte beherrscht bleiben muß. Aber die Folgerung, die Herr Stahl daraus ziehen will, folgt sicher nicht daraus. Denn gerade die Autonomie, die Herr Stahl hier jeder Zeit zuspricht, bringt notwendig hervor, daß keine Zeit unter der Herrschaft der anderen stehen und also auch nicht rechtlich verpflichtet sein kann, in ihr selbst noch fortwirken zu lassen, was ihrem Rechtsbewußtsein widerspricht, und von ihr also von jetzt ab als ein Dasein des Unrechtes, statt des Rechtes, angeschaut würde. Stände eine Gegenwart unter einem solchen Herrschaftsrecht der Vergangenheit, so wäre es ja eben nicht wahr, daß jede Zeit autonom sei, und könnte erst im Prinzip zugegeben werden, daß eine Zeit unter der rechtlichen Herrschaft einer anderen stehen kann, so würde der Gedanke, das Verhältnis umzukehren und lieber die Vergangenheit unter die rechtliche Herrschaft der stärkeren und entwickelteren Gegenwart zu setzen und rückwirkend widerrechtlich zu durchwühlen, also die nach dem heutigen Rechtsbewußtsein unzulässigen und widerrechtlichen Handlungen als auch schon für die Vergangenheit unzulässige und wirkungslose, als von Haus aus widerrechtliche, zu bestimmen, damit nur auf

derselben begrifflichen und juristischen Linie stehen, so daß also die „Kommunisten", gegen welche Herr Stahl S. 338 polemisiert, gar keinen Grund hätten, die Konsequenzen seiner Lehre von sich zu weisen!

Herr Stahl muß also bei seiner Auffassung der erworbenen Rechte jeden einmal bestehenden Rechtszustand als erworbenes Recht hinstellen und heilig sprechen, und er tut dies auch, wie wir gesehen haben!

Aber nicht nur die ernste Hingabe an die moderne Philosophie hat ihre unvermeidlichen Folgen, sondern keiner kann auch nur buhlen mit ihr, ohne Schaden an seiner Seele zu nehmen. Und Herr Stahl hat viel zu viel mit ihr gebuhlt, um nicht diese Folge tragen zu müssen.

Statt also bei der Kanonisierung jedes einmal gewordenen Rechtszustandes stehen zu bleiben, statt sich zu der Hallerschen Theorie der isolierten Selbstherrlichkeit des Individuums (s. oben S. 308) zu bekennen, die jedes einmal entstandene Recht als unangreifbar für alle Ewigkeit hinstellt und die in der Tat den wahren Gedanken des Stahlschen Standpunktes bildet, verwirft Herr Stahl dieselbe ausdrücklich (S. 343), indem er sie für „eine äußerste und faktisch gar nicht ausführbare Übertreibung" erklärt, und stellt statt derselben in § 16 (S. 339) nun folgende Einschränkung auf: „Eine Grenze jedoch hat die Geltung der erworbenen Rechte gleich aller menschlichen Freiheit und Tat in dem, was die Idee des Gemeinzustandes und der Rechtsordnung, oder die naturgemäße Fortbildung derselben mit unabweisbarer Notwendigkeit fordert oder ausschließt."

Plötzlich also, trotzdem wir eben hörten, daß es für die Fortgeltung früher entstandener Rechte durchaus nicht auf die Angemessenheit derselben für das Rechtsbewußt-

sein der Gegenwart ankomme, soll doch wieder eine Grenze für diese Fortgeltung existieren, und es wird, wie es scheint, das feste Prinzip einer solchen Grenze angegeben. Sehen wir, in welche unendliche theoretische Verwirrung und in welche vollständigste Verschwommenheit und Haltlosigkeit sich diese scheinbar feste Grenze auflöst.

Zunächst muß im rein philosophischen Interesse gegen die Verwirrung Verwahrung eingelegt werden, als ob die „menschliche Freiheit" eine Grenze habe, und als ob aus dieser Grenze der Freiheit die Grenze für die Geltung erworbener Rechte hervorfließe. Der Freiheitsbegriff hat keine Grenze, da alles, was aus ihm folgt, gilt, und, was mißverständlich als seine Grenze erscheinen könnte, vielmehr nur sein eigenes positives Setzen und Bestimmen ist. Es kann auch für den Freiheitsbegriff um so weniger eine Grenze aus der Idee des Gemeinzustandes hervorfließen, als er mit dieser vielmehr identisch und der Gemeinzustand nur die Realisierung des Freiheitsbegriffes ist. Nicht also die Freiheit, sondern, was scharf zu unterscheiden ist, die individuelle Willkür hat ihre Grenze, eine Grenze, die gerade durch das positive und substantielle Wesen der menschlichen Freiheit an ihr gesetzt wird, und aus diesem positiven Wesen der Freiheit, nicht aus ihrer Grenze, fließt die Grenze der unbeschränkten Dauer erworbener Rechte hervor. Wir werden nämlich noch im Verlauf dieses Paragraphen sehen, worauf hier nur hinverwiesen werden kann, daß, wenn absolute, verbietende Gesetze erlassen werden, diese immer nur darauf beruhen, daß ein früher als veräußerlich gedachter Teil der menschlichen Freiheit (Privatwillkür auch von den Juristen genannt) jetzt als un-

veräußerliche Freiheit des Menschen angesehen wird, weshalb er nun durch keine Transaktion mehr in das Eigentum eines Dritten gebracht werden oder darin verbleiben kann. Die hierdurch bewirkte Aufhebung der von mir erworbenen Rechte an solchen unveräußerlichen Freiheitsbefugnissen eines anderen Individuums beruht also auf einer positiven Vermehrung und Erweiterung des menschlichen Freiheitsbegriffes, und begrenzt nur zugunsten desselben die Befugnis der Privatwillkür, das noch länger als ein Veräußerliches zu behandeln, was sich jetzt durch eine höhere Entwickelung des Rechtsbewußtseins nicht mehr als in die Sphäre der Privatwillkür und ihres Schaltens fallend, sondern als ein unveräußerlicher Ausfluß des menschlichen Freiheitsbegriffes gezeigt hat.

Allein um von den höheren Anforderungen der Theorie abzusehen, muß jener angeblichen Grenzbestimmung des Herrn Stahl ein Einwurf gemacht werden, der in philosophischer, wie juristischer, wie praktischer Hinsicht gleichmäßig ein kapitaler ist. Die Grenze für die Geltung erworbener Rechte soll nach Herrn Stahl liegen „in dem, was die Idee des Gemeinzustandes und der Rechtsordnung oder die naturgemäße Fortbildung derselben mit unabweisbarer Notwendigkeit fordert oder ausschließt“.

Allein hiermit ist ja die Frage nach der Grenze auch nicht im geringsten beantwortet, denn nun entsteht ja die ganze Frage wieder in der Gestalt: Wo liegt unabweisbare Notwendigkeit für den Gemeinzustand vor? Was ist notwendig? Jeder Mensch und jede Partei, die bisher die Aufhebung erworbener Rechte forderte, hat noch immer behauptet, daß dies notwendig sei. Solange uns Herr Stahl also nicht einen wissen-

schaftlichen Maßstab liefert, um zu beurteilen, was notwendig sei, hat er uns überhaupt gar nichts gesagt, sondern die Frage mit der Frage beantwortet. Denn es bleibt nun für jedes zu erlassende Gesetz die Verlegenheit, Herrn Stahl erst als seinen königlichen Ratgeber herbeirufen zu müssen. Und da dies nicht immer ausführbar sein wird, so wird nichts übrig bleiben als die Notwendigkeit, im Sinne des praktischen Bedürfnisses und nach der subjektiven Ansicht der Urteilenden zu entscheiden. Die Rechtsphilosophie fällt also plötzlich von ihrem hohen wissenschaftlichen Kothurn in die vulgärste Kategorie des gewöhnlichen Bedürfnisses und seines schwankenden praktischen Dafürhaltens herunter.

Man mißverstehe uns nicht. Wir verlangen natürlich nicht von Herrn Stahl, daß er inhaltlich angebe, was alles in jeder künftigen Zeit notwendig sein wird. Dies wäre weder möglich, noch seine Aufgabe. Aber das verlangen wir ganz positiv von ihm, daß er das formelle Kriterium der Beurteilung angebe, wo und wo nicht Notwendigkeit vorliege.

Wer dieses Gesetz nicht zu entwickeln vermag, hat eben nur tautologisch gesprochen und muß keine Rechtsphilosophie schreiben. Denn diese hat eben wissenschaftlich darzulegen, wo und wann Aufhebung bestehender Rechte notwendig ist, und zwar hat sie ferner diese Notwendigkeit und das allgemeine begriffliche Kriterium derselben aus der Rechtsidee selbst abzuleiten. Und erst hierdurch wird die bis dahin bloß tatsächliche und dem Rechte entgegenstehende Notwendigkeit zu einer Rechtskategorie erhoben.

Wir selbst haben bisher in diesem Paragraphen bereits entwickelt, wie vermöge der rechtlichen Natur des

individuellen Willens die Aufhebung des bestehenden Rechtes beim Erlaß prohibitiver Gesetze nicht als eine entgegenstehende faktische Notwendigkeit das Recht bricht, sondern als eine geistige und vorherbestimmte Notwendigkeit in Recht und Willen hineingeschrieben ist. Gleichwohl aber heben wir selbst hervor, daß auch wir bisher noch nicht das begriffliche Gesetz entwickelt haben, nach welchem Kriterium zu jeder Zeit die Notwendigkeit und Rechtmäßigkeit des Erlasses solcher Gesetze zu erkennen und zu beurteilen sei. Aber noch der gegenwärtige Paragraph wird diese Entwickelung enthalten, und zwar wird sie sich von selbst vollbringen durch die tiefere Betrachtung der prohibitiven Gesetze und des in ihnen stattfindenden Unterschiedes.

Herr Stahl aber, dessen Lehre sich jetzt, von den Phrasen entblößt, ihrer Substanz nach getreu in die Worte zusammenfassen läßt: es ist notwendig, daß erworbene Rechte bestehen, wenn es nicht notwendig[1]) ist, sie für das Gesamtwohl aufzuheben — ein Satz, wie ihn das gewöhnlichste praktische juristische Handbuch Scheu tragen würde niederzuschreiben —, hat in dieser leeren Tautologie auf jede wissenschaftliche Bestimmung seines

[1]) Notwendig ist, was nicht anders sein kann. Indem Herr Stahl also sagt: „Die erworbenen Rechte können für das Gesamtwohl nur dann aufgehoben werden, wenn dies „„unabweislich notwendig““ ist,“ bricht er in den geistvollen Satz aus: „sie können aufgehoben werden, wenn sie nicht anders können als aufgehoben werden“ — womit freilich die Untersuchung ganz eminent gefördert ist! Und ferner auch abgesehen von dieser tautologischen Leerheit, und wenn auch inhaltlich ganz bestimmt angegeben wäre, was alles heute und jemals notwendig sein wird, sagen wir: Notwendigkeit ist an und für sich keine Rechtskategorie, sondern wie Wirkung

Gegenstandes verzichtet. Auch ändert sich dies gar nicht dadurch, daß auf das Gesamtwohl — „die Idee des Gemeinzustandes" — Bezug genommen wird. Denn es ist überhaupt noch niemandem eingefallen, anderes als im Namen des Gesamtwohles die Aufhebung bestehender Rechte zu fordern, und die Frage ist ja eben die, wo und wann im Namen des Gesamtwohles eine solche Aufhebung rechtmäßig gefordert werden könne, eine Rechtmäßigkeit, die Herr Stahl lediglich von ihrer Notwendigkeit abhängen läßt, ohne diese letztere bisher irgendwie zu bestimmen. Selbstredend ist dadurch wieder, so wenig dies in der Absicht des Herrn Stahl gelegen sein möchte, durch die natürliche Unfähigkeit so unbestimmter Vorstellungen, eine Grenze anzugeben, jeder noch so jakobinischen Ausschweifung Tür und Tor geöffnet, denn was könnte nicht alles für eine „unabweisbare Notwendigkeit" für die „Idee des Gemeinzustandes und der Rechtsordnung oder die naturgemäße Fortbildung derselben" ausgegeben werden?!

Herr Stahl fühlt aber selbst, daß er gar nichts gesagt hat, solange er nicht bestimmt hat, wo Notwendigkeit vorliege und wo nicht, und er entschließt sich also später, letztere näher zu definieren. Er wirft nämlich

---

und Ursache usw. eine logische Kategorie, resp. Bezeichnung eines bestimmten Zusammenhanges tatsächlicher Verhältnisse. Die Frage ist also weiter die: wie und wo geht ein bestimmter Zusammenhang tatsächlicher Verhältnisse (resp. eine Kategorie des reinen logischen Gedankens) dazu über, in dem Begriff der subjektiven Geistes- und Willensfreiheit, ohne diesen zu verletzen und vielmehr als aus ihm selbst herfließend, eine Rolle zu spielen? Erst hiermit wird die Notwendigkeit zur Rechtskategorie, d. h. zur rechtlichen Notwendigkeit. Der Tod ist auch eine Notwendigkeit, aber keine des Rechtssystemes.

(S. 341) der „neueren Bildung“ vor, daß sie von der „unleugbaren Zulässigkeit“, die Aufhebung von erworbenen Rechten „durch das Gemeinwohl (salus publica, salut public)“ zu rechtfertigen, eine falsche Anwendung mache. Denn unter der salus publica, sagt Herr Stahl, verstehe jene Bildung nicht „die öffentliche Notwendigkeit, d. h. das unabweisbare Erfordernis für gesunden gedeihlichen Fortbestand und organische Entwickelung, sondern den bloßen Nutzen (*lucrum*)“.

Endlich haben wir eine Definition! Darin also soll für Herrn Stahl das unterscheidende Kriterium der Notwendigkeit liegen, daß sie für jenen Fortbestand, für die Erhaltung, nicht für das lucrum erforderlich sei. Durch diese Unterscheidung von *lucrum* — welches Wort Herr Stahl selbst in Parenthese beifügt — und Fortbestand, wird also hier eine Anwendung von dem Unterschiede gemacht, der bekanntlich bei den privatrechtlichen Ansprüchen der Personen untereinander zwischen lucrum und Vermeidung von damnum stattfindet. Allein zunächst, in welchem Sinne spricht Herr Stahl von einer „öffentlichen Notwendigkeit“? Meint er eine Notwendigkeit für das geistige Rechtsbewußtsein der Gesellschaft? Im Rechtsbewußtsein, als einer geistigen unteilbaren Potenz, kann es den quantitativen Unterschied von lucrum und vermiedenem damnum gar nicht geben. Wenn das Rechtsbewußtsein des Geistes sich verwirklicht, wenn ihm das Bestehende entspricht, so ist dies für es lucrum, und wenn das Bestehende dem Rechtsbewußtsein widerspricht, dieses also negiert, so ist dies für es damnum und der Gefrierpunkt zwischen beiden nicht zu finden.

Aber Herr Stahl spricht auch gar nicht, wenn man

dies auch in einer Rechtsphilosophie erwarten sollte, von einer geistigen Notwendigkeit für das öfffentliche Rechtsbewußtsein, und kann dies auch gar nicht, da wir schon früher von ihm gehört haben, daß es auf die „Angemessenheit" eines früheren Rechtszustandes für das zeitige Rechtsbewußtsein gar nicht ankommen könne. Er spricht vielmehr, wie seine Erläuterung dieser Notwendigkeit, als eines Erfordernisses „für gesunden gedeihlichen Fortbestand", und auch das darauf weiter Folgende zeigt, von den Erfordernissen des materiellen, ökonomischen „Wohlbestandes". Allein wenn freilich bei den Privatansprüchen der einzelnen nichts bestimmter sich unterscheidet, als die Erhaltung eines bestehenden Vermögensstandes oder die Vermeidung von Schaden und von der Erzielung von lucrum, weil jedes Privatvermögen und jedes durch eine bestimmte Operation, wie z. B. negotiorum gestio, für dasselbe entstandene Resultat bestimmt festgestellt werden kann, so ist doch nichts unmöglicher, als diese Unterscheidung zwischen Erhaltung und Vermehrung oder ein lucrum auf nationale Verhältnisse anzuwenden. Denn schon die Grenze zwischen beiden ist hier schlechthin unbestimmbar, und weder der materielle noch der geistige Besitzstand einer Nation und noch weniger das Resultat einer bestimmten Maßregel läßt sich in der Weise konstatieren, daß anzugeben wäre, ob eine nützliche Maßregel, wenn sie unterlassen worden wäre, nicht sogar Schaden zur Folge gehabt hätte, und ob eine Maßregel, die für die Erhaltung des nationalen Wohlbestandes angerufen wird, nicht vielmehr bloß lucrum zur Wirkung hat und der nationale Besitzstand auf seinem gegenwärtigen Niveau auch ohne sie geblieben wäre. Was also für eine Nation notwendig sei, bloß um zu erhalten, ohne zu bereichern,

und was bloß lukros notwendig sei, ohne daß seine Unterlassung eine Verminderung des Bestandes zur Folge haben würde, läßt sich gar nicht abgrenzen. Aber die Grenze läßt sich nicht nur nicht praktisch bestimmen, sie existiert auch gar nicht! Und sie kann nicht existieren, weil zum Begriffe eines Volkes, zum Unterschiede vom Privatindividuum, die Entwickelung gehört, also die Vermehrung oder das *lucrum*, wenn schon einmal diese Kategorie hier analogisch angewendet werden soll.

Ein Volk, das sich nicht entwickelt, also nicht lukriert, geistig wie materiell, bleibt nicht stehen auf seinem gegenwärtigen Bestande, sondern schreitet zurück, wie heutzutage schon jedes Kind weiß. Für ein Volk ist also lukrieren schon erforderlich, damit nur gesunder Fortbestand da sei. Und im Grunde weiß das Herr Stahl auch und verlangt ebendeshalb nicht nur „gesunden", sondern auch „gedeihlichen Fortbestand" und „organische Entwickelung" und (S. 339) „naturgemäße Fortbildung", und indem alle diese Ausdrücke: Entwickelung, Fortbildung, Gedeihen, mit dem Begriff des Lukrierens in der materiellen Sphäre identisch sind, verlangt er, indem er einen „gedeihlichen Fortbestand" verlangt, selbst einen lukrosen Fortbestand, und erklärt also alle solche Aufhebungen bestehender Rechte für eine „öffentliche Notwendigkeit", welche zur Erzielung eines lukrosen Fortbestandes des Volkswohls erforderlich sind. D. h. es ist eben nur ein ganz sinnloses und sich mit jedem Wort aufhebendes leeres Gerede, das, wenn man Ernst mit ihm machte, vielmehr gerade nur zu dem durchaus unzulässigen und rechtswidrigen Resultate führen würde, um des bloßen Nutzens willen erworbene Rechte aufheben zu dürfen.

Herr Stahl entwickelt nun aus dieser seiner angeblichen Grenze (S. 339) drei Folgerungen. Erstens, daß die Sklavenhändler sich vergeblich auf ihr jus quaesitum berufen, weil erworbene Rechte nicht als unantastbar gelten können. soweit sie das Recht der Persönlichkeit anderer aufheben — wobei man freilich nicht erfährt, warum das z. B. nicht ebenso auch von den feudalen Rechten gelten soll, die gleichfalls in so vielen Abstufungen das Recht der Persönlichkeit anderer aufhoben. Nach dieser abgezwungenen Konzession atmet Herr Stahl wieder frei auf und poniert als zweite Folge: „2. In der ausgebildeten Staatsverfassung, in welcher jedem Gliede seine organische Stelle für das Ganze angewiesen ist, kann für die Zukunft im wesentlichen kein Erwerb neuer politischer Rechte, keine Ungleichheit durch bloß zufällige Handlungen der einzelnen Beteiligten platzgreifen." Herr Stahl druckt die Worte „für die Zukunft" breit, um zu betonen, daß dies wieder ohne Einfluß auf die schon bestehenden Rechte dieser Art bleiben müsse, legt aber gerade dadurch nur die höchste theoretische Gedankenlosigkeit an den Tag. Denn es wird sich später zeigen, daß der Rechtsidee zufolge niemals ein Rechtsinhalt für die Zukunft von der individuellen Erwerbung ausgeschlossen werden kann, solange derselbe in den Fällen früherer Entstehung noch als gültiger anerkannt wird, resp. daß ein solches Gesetz nur ein unlogisches und widerrechtliches, die individuelle Willensfreiheit verletzendes Verbieten darstellen würde. Es kann hierüber, wie gesagt, nur auf das später Folgende verwiesen werden. Einstweilen mag nur bemerkt werden, daß schon der Jurist Savigny dem angeblichen Rechtsphilosophen hier siebenmal theoretisch überlegen ist. Denn in Savignys Formel, daß Gesetze über das Dasein der Rechte auf die früheren Erwerbungen rückwirken

müssen, liegt bereits, daß ein Rechtsinhalt, der in der Zukunft nicht mehr entstehen kann, auch aus der Vergangenheit her nicht mehr fortbestehen dürfe, und daß ersteres gerade das Kriterium für die Entscheidung über das letztere ist. Wenn aber Herr Stahl wiederholt bei seinen Ausführungen seine Bewunderung vor der „römischen Ehrfurcht" vor den erworbenen Rechten ausspricht, so mag ihm die beruhigende Versicherung erteilt werden, daß in diesem ganzen Paragraphen nichts gesagt ist, was nicht am Schluß desselben in der strengsten Weise als römische Pandektentheorie nachgewiesen werden wird.

Drittens konkludiert Herr Stahl: In der „großen weltgeschichtlichen Fortbildung des ganzen öffentlichen Zustandes müssen die erworbenen Rechte einzelner Menschen oder Klassen zuletzt weichen". Aber sie haben „zu weichen als Recht und in Anerkennung desselben", d. h. „wo das überhaupt möglich, gegen Entschädigung". Dieser sehr vulgäre Irrtum wird ohnehin bald zur gründlichen Untersuchung gelangen, weshalb hier darauf hinzudeuten genügt. Herr Stahl schließt: „Auch ist die gewaltsame Abstoßung erworbener Rechte nach politischen Rücksichten nicht eine fortwährende und regelmäßige Funktion des Staatsorganismus, sondern bloß das Werk besonderer Zeitepochen, und hat daher mehr eine weltgeschichtliche als eine juristische Rechtfertigung."

Es ist wieder jener unvermeidliche jakobinische Hauch, den jeder der modernen Philosophie Nahende auch wider Willen von ihr empfängt, der Herrn Stahl hier hinreißt, der „Weltgeschichte" die welthistorische Absolution für die „gewaltsame Abstoßung erworbener Rechte nach politischen Rücksichten" zu erteilen. Frei-

lich war diese welthistorische Absolution für Herrn Stahl um so bequemer, als er nun damit einer rechtswissenschaftlichen Theorie darüber überhoben war, eine Aufgabe, von der Herr Stahl selbst fühlen möchte, daß er sie in keiner Weise gelöst hat und vor der er sich daher mit dieser welthistorischen Verbeugung vorbeistiehlt. Allein damit ist ja gerade prinzipiell auf die wissenschaftliche Aufgabe der Rechtsphilosophie verzichtet. und das alte leere Gerede von dem Gegensatz von Recht und Weltgeschichte bleibt nicht nur wieder in voller Blüte, sondern der Geschichte wird nun auch noch ein besonderes Recht zu gewalttätigem Unrecht eingeräumt, wovon dann die von Herrn Stahl so hart angegriffenen „Kommunisten" und „Liberalen", sich gewiß gern mit der „welthistorischen Rechtfertigung" begnügend, Akt ergreifen mögen. Wir unsererseits bedürfen eines solchen besonderen welthistorischen Rechtes, eines Rechtes auf Unrecht, keineswegs. Wir statuieren auch der Geschichte ein Recht auf eine widerrechtliche Abstoßung erworbener Rechte nach „politischen Rücksichten" keineswegs, sind aber freilich dieser Verkleidung der Gedankenunfähigkeit, die rechtliche Bewegung der Geschichte theoretisch zu begreifen, auch nicht benötigt. Wir halten es vielmehr gerade für die unbedingte Aufgabe der Rechtsphilosophie, die wissenschaftliche Theorie aus der reinen Rechtsidee selbst abzuleiten. Wir bedürfen hierbei auch keines Unterschiedes zwischen politischem Recht und Privatrecht, und können hierin keinen solchen statuieren, denn beide sollen doch eben Recht bleiben und die politische Entwickelung oder die Bewegung des öffentlichen Rechtes ist eben gar nichts anderes als die Entwickelung der Rechtsidee selbst. Und in der Tat werden wir sehen, wie das, was in jenen

„welthistorischen" Epochen, wie die französische Revolution und andere, in bezug auf die Aufhebung erworbener Rechte wahrhaft vor sich ging, nur auf derselben „fortwährenden und regelmäßigen Funktion des Staatsorganismus", nur auf derselben beständig tätigen Entwickelung der Rechtsidee beruht, welche in stillerer, aber prinzipiell ganz gleichstehender Weise in der ununterbrochenen Rechtsbildung des reinen Privatrechtes, in Gesetzen über Wucher, Alimente, Zeugenbeweis usw. usw. und alle Materien jeder Art stets stattfindet.

Wir kehren jetzt zu unserer positiven Aufgabe zurück, bei der wir uns die Kurzweil dieses Exkurses nur gegönnt haben, um gelegentlich einen Beweis zu liefern, durch welches inhalts- und gedankenlose, sich selbst vernichtende Gerede man sich heutzutage in dem Vaterlande Hegels die Reputation eines Denkers erwirbt!

Wenden wir uns also zunächst zu einigen positiven Beispielen solcher Gesetze, zunächst zu solchen, die am engsten mit dem öffentlichen Recht zusammenhängen, die aber deshalb um nichts mehr und aus gar keinem anderen Grunde auf bestehende Rechte einwirken dürfen, als aus dem für absolute Gesetze überhaupt entwickelten Sachverhältnis.

So waren also die Dekrete der berühmten Nacht vom 4. August 1789, durch welche die französische konstituierende Versammlung alle aus der Feudalherrschaft herfließenden Rechte aufhob, von jeder Rechtsverletzung und Rückwirkung frei. Denn wenn selbst erworben, waren diese Rechte von Anfang an nur auf so lange gültig erworben, bis eine andere und ausschließende Gestalt, zu der das öffentliche Bewußtsein in seinem Entwickelungsprozeß herangereift sein würde, das Dasein derselben für rechtlich unmöglich anschauen, bis sie in ihnen ein

D a s e i n d e s U n r e c h t s statt eines Daseins der Rechtssubstanz erkennen würde.

Glücklicherweise kommt den Menschen, lange ehe eine Theorie sich zu der Gestalt sich selbst verstehender Klarheit vergeistigt, das Richtige unmittelbar zum Bewußtsein durch jene instinktive Operation des Begriffes, die wir nun schon zu so wiederholten Malen in unserer Ausführung klar nachgewiesen zu haben hoffen.

So konnten diese Gesetze erlassen, so konnten sie v e r t e i d i g t werden, ehe eine wahrhafte Theorie da war, die sie rechtfertigte!

Aber die nur instinktive Tätigkeit des Begriffes hat zu ihren notwendigen Folgen die nur stück- und stoßweise Form, in der er sich zum Bewußtsein bringt, die Inkonsequenz, den eigenen Widerspruch, die Rückfälle, die Schwankungen, den Mangel an Beweiskraft und daher einerseits die Mißgriffe, andererseits den unablässig von neuem auftauchenden W i d e r s t a n d, mit welchem ihm auf jedem Schritte seiner praktischen Verwirklichung entgegengetreten wird, ein Widerstand, der erst machtlos werden kann, wenn eine wahrhafte, sich selbst durchsichtige Theorie die Schwierigkeiten gelöst hat, an denen sich bis dahin der dunkle Drang des Richtigen gestoßen.

Es tritt dies recht deutlich an den Tag, wenn wir zunächst einen Blick werfen auf die Weise, in der Merlin die Dekrete der Augustnacht verteidigt.

„C'est ainsi," sagt er (Répert. de Jurisprud. v⁰ Eff. rétroactif, Sect. 2, V, 534), „que l'assemblée constituante, toute ennemie qu'elle s'est montrée constamment de toute espèce de rétroactivité, n'a pas craint, dans la célèbre nuit du 4 août 1789, de détruire la servitude personnelle, la main-morte et la féodalité. Et certes une loi nouvelle *ne rétroagit pas réellement,* lorsqu'en faisant revivre une loi

écrite dans *le code éternel et imprescriptible de la nature,* elle efface par sa toute-puissance, les actes qui, *pendant le sommeil de celle-ci,* ont porté atteinte aux droits les plus sacrés de l'homme."

Aber der „ewige und unverjährbare Code der Natur", der „Schlummer der Rechte", die hier den Gesetzen präexistent sind, und durch diese verletzt werden — alles dies sind Ausdrücke, denen zwar wiederum in dunkeler Weise richtige Ahnungen zugrunde liegen; aber diese in weitester Unbestimmtheit alles und nichts in sich schließenden Worte, zu denen sogar dieser sonst so scharfe juristische Denker greifen muß, um sein instinktives Gefühl des Richtigen zu verteidigen, sind keine wissenschaftlichen juristischen Gründe und müssen, statt zu beweisen, Gefahr laufen, bloße Deklamationen genannt zu werden, mit denen sich in der Tat, solange sie nicht zu präzisen begrifflichen Gesetzen herausgerungen werden, alles, auch das Unrechtmäßigste, rechtfertigen ließe.

Aber nicht nur die Beweiskraft für andere mangelt diesem unbestimmten Gefühle, sondern Merlin selbst geht, gerade weil er zu weit geht, deshalb notwendig nicht weit genug. Er fährt unmittelbar hinter jenen Worten fort:

„Quelquefois aussi des considérations politiques peuvent déterminer le législateur *à rétroagir* dans des matières de pur droit privé. C'est ainsi que, par la loi du 14 novembre 1792, la convention nationale a aboli les *substitutions fideicommissaires,* qui avaient été créées précédemment et n'étaient pas encore ouvertes."

Von diesem Gesetze gibt also Merlin zu, daß es wirklich zurückgewirkt habe.

Und bald darauf (S. 538), auf eine Bestimmung dieses Gesetzes näher eingehend, sagt er:

„C'est même sur le principe consacré par ces arrêts que se sont fondés ceux qui, après le 18 brumaire an 8, ont provoqué par des petitions au tribunat et au gouvernement le rapport de l'art 2 de la loi du 14 novembre 1792 qui, pour abolir les substitutions antérieures non encore ouvertes, avait rendu sans effet les conditions encore pendantes sous lesquelles les substitués déjà nés ou conçus étaient appelés par des testaments dont les auteurs étaient alors décédés. — Et ce n'est pas en contestant ce principe, *ce n'est pas en niant la rétroactivité,* qu'on leur a répondu. On leur a seulement dit que la raison civile devait céder à la raison politique: que l'intérêt général de l'état, qui doit toujours prédominer dans l'esprit du législateur, devait faire taire tous les intérêts particuliers; et qu'au surplus la loi du 14 novembre 1792 n'avait fait, en rétroagissant sur les substitutions antérieures pour les abroger entièrement, que ce qu'avait fait précédemment l'ordonnance de Moulins de 1566, pour réduire à quatre degrés les substitutions perpétuelles, qui avaient été fondées avant l'ordonnance d'Orléans de 1560."

Es stünde schlimm um dieses Gesetz, wenn wirklich zuzugeben wäre, daß es ein rückwirkendes gewesen sei. Denn der Gesetzgeber kann, wie wir (§ 1) gesehen haben, aus politischen Gründen ganz ebensowenig wie aus irgendwelchen anderen ein rückwirkendes Gesetz erlassen, ohne damit die individuelle Freiheit und Zurechnungsfähigkeit, und somit den Begriff des Rechtes bis in seine Wurzel aufzuheben. Aber es kann, wie gezeigt, von Rückwirkung bei jenem Gesetze in der Hinsicht, wie Merlin dies meint[1]) — nämlich weil das Gesetz den

[1]) In welcher anderen, von Merlin nicht gemeinten Hinsicht dasselbe aber wirklich rückwirkend war, und zwar ge-

Fortbestand der fideikommissarischen Substitutionen aboliert —, auch gar nicht die Rede sein! Das Gesetz tat nichts anderes, als daß es im Art. 1 alle Substitutionen für prohibiert erklärte, und freilich mußte nun in strenger Folgerichtigkeit hiervon auch das Fortwirken der früheren Substitutionsordnung von jetzt ab untersagt und hierdurch die Fideikommisse von jetzt ab in freies Eigentum in der Hand ihrer gegenwärtigen gebundenen Eigentümer verwandelt sein.

Und indem in das fideikommissarische Instrument von vornherein durch die notwendige Natur alles Rechtes die Bestimmung hineinzudenken ist, daß die angeordnete Substitution nur unter der Voraussetzung Dasein haben solle, daß die Gesetze sie erlauben und auf so lange, als sie sie erlauben, jede andere auch ausdrücklich entgegengesetzte Bestimmung aber dieselbe Ungültigkeit haben würde, wie eine gegen verbietende Gesetze angehende, so kann so wenig im Namen des verstorbenen Testators als des bereits konzipierten oder geborenen Anwärters, der seinen Anwartschaftsanspruch auf eventuelles Einrücken nach der Primogenitur- oder sonstigen Sukzessionsordnung bei der Geburt wieder nur unter der unvermeidlichen Bedingung erwirbt, daß nicht vor dem Anfall des Fideikommisses prohibitive Gesetze dazwischentreten, auch nur der Schatten eines Vorwurfes von Rückwirkung und Verletzung der individuellen Willensfreiheit wegen der abrogierten Fortdauer der Substitutionsordnung auf jenes Gesetz fallen. Die individuelle Willensfreiheit ist vielmehr damit nun in gar keine anderen Schran-

rade dadurch, daß es nicht weit genug ging, werden wir in den Anwendungen sub II, B. bei der Spezialuntersuchung der Fideikommißmaterie nachweisen.

ken gewiesen, als in die rechtlichen Schranken überhaupt, an die sie durch die Gesetze unter allen Gesetzgebungen jederzeit gebunden erscheint.

Werfen wir hierbei einen Blick auf Savigny.

Wir werden später genauer sehen, wie nahe Savignys Theorie in bezug auf die uns in diesem Paragraphen beschäftigende Frage an das Richtige anstreift — und wie sie sich dennoch wieder die wirkliche Erfassung desselben völlig und grundsätzlich unmöglich macht! Von selbst erhellt jedoch, wie die Savignysche Formel, daß nur Gesetze über den Erwerb von Rechten nicht rückwirken, Gesetze aber über das Dasein von Rechten rückwirken sollen, in ihrem Resultate mit dem praktischen Ergebnis unserer Entwickelung bei vielen Gesetzen dieser Art übereinstimmen muß. Aber abgesehen davon, daß Savigny dies mit Unrecht als eine Rückwirkung, wenn auch als eine nach ihm zulässige qualifiziert, stellen sich zunächst zwei Punkte als Folgen der Mangelhaftigkeit seiner Theorie heraus. Die erste dieser Folgen ist die schwankende Weise, in der sich Savigny gerade über ein neues Gesetz der letzterwähnten Art — Aufhebung von Fideikommissen — äußert. Er sagt hierüber (VIII, 537): „— Wenn daher gegen die Gesetze, wodurch Rechtsinstitute aufgehoben oder umgebildet werden, wegen des Eingriffes in erworbene Rechte ein unbedingter Widerspruch erhoben werden soll, so ist dieser Widerspruch wenigstens wegen der beschränkten Natur des Trägers erworbener Rechte nach zwei Seiten hin in enge Grenzen zu verweisen.

„Dem neuen Gesetze könnte höchstens seine rechtmäßige Einwirkung bestritten werden, solange der Träger eines erworbenen Rechtes lebt. Hinterläßt er Erben, so haben diese zur Zeit der Erscheinung des neuen Gesetzes

kein verletzbares erworbenes Recht. Mit anderen Worten: Alles Erbrecht ist rein positives, und wenn dasselbe durch ein neues Gesetz an gewisse Bedingungen und Schranken geknüpft wird, so kann darin niemals ein Eingriff in erworbene Rechte gefunden werden. Wir wollen dieses auf den oben als Beispiel gewählten Fall anwenden. Wenn das neue Gesetz, welches die Sklaverei beseitigen wollte, die Bestimmung gäbe, daß in Zukunft kein Erbe durch Erbfolge das Eigentum von Sklaven erwerben könnte, so läge darin gewiß nicht die Verletzung eines erworbenen Rechtes. — Diese Betrachtung gründete sich auf das nahe Ende jedes menschlichen Lebens. Eben dahin führt aber die Erwägung des Anfanges. Jeder Mensch muß den Rechtszustand anerkennen, den er bei seiner Geburt bestimmt findet. Wenn also vor seiner Geburt ein Rechtsinstitut durch neues Gesetz aufgehoben oder umgebildet wird, so kann wenigstens ihm nicht ein erworbenes Recht dadurch verletzt sein." Und als Anmerkung hierzu bemerkt Savigny: „Ein Gesetz, welches die Lehen oder Fideikommisse aufhebt, verletzt daher g e w i ß n i c h t die Rechte derjenigen, die e r s t s p ä t e r e r z e u g t werden."

Aus dem hervorgehobenen „h ö c h s t e n s" und „g e w i ß n i c h t" in der angeführten Stelle fühlt sich wohl deutlich genug heraus, daß Savigny in dem Nochnichterzeugtsein der fideikommissarischen Anwärter nur einen Umstand sieht, der a fortiori das Gesetz gegen den Vorwurf einer Rechtswidrigkeit schützt, daß er aber, auf die Konsequenz gedrängt, im Grunde auch wenn Anwärter bereits geboren sind, in einem ihr Anwartschaftsrecht auf Einrücken in das Fideikommiß nach der Primogeniturordnung aufhebenden Gesetz keine Rechtswidrigkeit erblicken würde, und mindestens wäre dies die konsequente

und richtige Folge von seiner Formel, daß Gesetze über das Sein oder Nichtsein von Rechten rückwirken sollen. — Immerhin bleibt diese schwankende Weise ein irreführender Übelstand, der auf keinem irgend haltbaren juristischen Grunde beruht. Nach der von uns entwickelten Theorie erweist es sich vielmehr in bezug auf den Fortbestand der fideikommissarischen Primogeniturordnung als schlechterdings gleichgültig, ob bereits Anwärter geboren sind oder nicht, da, so erworben ihre Anrechte sein mögen, sie immer doch mit der einen Bedingung erworben werden, nicht auf Prohibitivgesetze zu stoßen, da sich contra leges nichts erwerben und ebensowenig Erworbenes festhalten läßt, wie z. B. Sklaven, Leibeigene oder irgendwelche andere Objekte oder Befugnisse, welche bisher zum Eigentum gehörten und von welchen ein neues Gesetz erklärt, daß sie nicht mehr eigentümlich besessen werden können. Und dies muß um so unzweifelhafter und um so mehr ohne alle Schwierigkeit von dem bereits lebenden Fideikommißanwärter gelten, als, wie unsere Entwickelung schon gezeigt hat und wie später am Zinsvertrage, an der lex commissoria und selbst durch noch entscheidendere Fälle bis zur letzten Evidenz erwiesen werden wird, nicht einmal durch Vertrag ein gegen prohibitive Gesetze fortbestehendes Recht erworben werden kann, dem Geboren- oder Erzeugtwerden des Fideikommißanwärters aber doch allerhöchstens die Wirkung einer vertragsmäßigen Erwerbung zugeschrieben werden könnte [1]).

---

[1]) Welches ist der Grund, weshalb man fideikommissarische Anwärter in bezug auf die durch die fideikommissarische Substitutionsordnung ihnen verliehenen Rechte nicht einfach wie Testamentserben behandelt, bei welchen letzteren man nicht zweifelhaft darüber ist, daß, solange der Erbanfall nicht

Wenn sich Savigny in bezug auf den erörterten Punkt nur unbestimmt und schwankend ausdrückt, so verfällt er dagegen in anderer Hinsicht infolge seiner Theorie in einen

---

eingetreten, Gesetze über den *Inhalt* des Testamentes und über die Fähigkeit des Honorierten stets sofort platzgreifen? Der Grund ist der, daß das Testament bei Lebzeiten des Testators nur einen stets *revokabeln* Willen darstellt, der daher — ebenso wie das Intestaterbfolgegesetz für den Intestaterben — solange eine bloße Erwartung und kein *erworbenes* Recht gewährt, solange er nicht *unwiderruflich* geworden, was also erst mit dem Tode des Testators der Fall ist. Bei Erbverträgen und Fideikommissen dagegen liegt eine *unwiderrufliche* Bestimmung vor, die eben deshalb ein erworbenes Recht gewährt. Dieser Unterschied ist in der Tat der einzige, der in der hier betrachteten Hinsicht zwischen beiden Fällen stattfindet, und die aus ihm gezogene Folgerung ist auch an sich eine ganz richtige. Wie wenig aber diese *Unwiderruflichkeit der Substitutionsordnung* gegen *Prohibitivgesetze* zu bestehen vermag, soll noch durch einen Fall bestätigt werden, der nach dem Vorausgeschickten juristisch ganz auf gleicher Linie mit den Fideikommissen steht. Vor der französischen Revolution galt in vielen Provinzen, z. B. in den Statuten von Hainaut, Brabant, Lüttich, im Gebiet von Weißenburg im Elsaß, und auch im Herzogtum Berg, das sogenannte *Devolutionsrecht*. Hiernach hatten die Kinder ersten Bettes, deren Vater sich wieder verheiratet hatte, das Recht, in seinem Nachlaß alle Güter vor der Teilung vorabzunehmen, in deren Besitz sich der Vater beim Tode ihrer Mutter befunden hatte. Infolge desselben Devolutionsrechtes war es aber dem Vater auch *schon vom Tode der Frau* ab untersagt, diese Güter zum Nachteil jener Kinder zu *veräußern oder zu verhypothezieren*. Hierin zeigt sich auf das unleugbarste, daß die Devolution ein *unwiderrufliches Recht* der Kinder erster Ehe hervorbrachte, ganz wie das fideikommissarische Instrument für den geborenen Anwärter. Durch Gesetz vom 8./15. April 1791 wurden alle statutarischen Bestimmungen aufgehoben, welche bei der Teilung der Nachlassenschaft des-

ebenso entschiedenen als wichtigen Irrtum, der gleich hier näher zu betrachten ist.

Er stellt nämlich (a. a. O., S. 538 fg.) die Forderung

---

selben Vaters oder derselben Mutter Unterschiede zwischen den Kindern aus verschiedenem Bett begründeten. Es entstand nun die Frage, ob, wenn zwar die Mütter unter altem Recht gestorben, die Güter also bereits den Kindern erster Ehe durch Devolution anerfallen waren, der Vater aber erst nach dem Gesetz vom 8. April 1791 gestorben war, die Kinder zweiten Bettes von der Teilung derselben ausgeschlossen sein sollten? Der Nationalkonvent entschied diese Frage durch das motivierte Tagesordnungsdekret vom 18. Vendém. II mit Recht zugunsten der Kinder zweiter Ehe, weil die Wirkungen des Gesetzes vom 8. April 1791 „doivent avoir lieu sur les biens meubles et immeubles qui, à l'époque de sa publication, étaient frappés de dévolution dans la main de l'époux survivant avec enfants." Als später im Jahre IV die rückwirkenden Bestimmungen der früheren Gesetze zurückgenommen wurden und deshalb auch hierauf zurückzukommen versucht wurde, erklärte der Kassationshof von Paris durch Urteil vom 8. Messidor und 10. Nivôse XIII, daß jenes Dekret keine Rückwirkung in sich enthielte. Zu einer lebhaften Kontroverse hat dieselbe Frage vor dem rheinischen Appellationsgerichtshofe zu Köln und dem rheinischen Revisions- und Kassationshofe zu Berlin Anlaß gegeben. Durch sieben Urteile (vom 30. Juni und 3. Juli 1823, 29. April und 19. Juni 1824, 11. Februar 1825, 9. April 1829 und 16. Juli 1830) erklärte sich der rheinische Appellationsgerichtshof zu Köln — in Fällen, in welchen der Tod des Vaters nach Einführung des Code Napoléon eingetreten war — für die Aufrechterhaltung des Devolutionsrechtes der Kinder erster Ehe. Der rheinische Revisions- und Kassationshof zu Berlin dagegen entschied durch seine Urteile vom 15. Februar 1826 (Rheinisches Archiv, 8, 2, 45), vom 28. Februar 1832 (Rheinisches Archiv, 16, 2, 9) und vom 11. Dezember 1843 (Rheinisches Archiv, 37, 2, 3), unter Kassation jener Urteile des Kölner Appellhofes, daß die Kinder zweiter Ehe zur Teilung zuzulassen seien. Diese Entscheidung ist richtig.

auf, daß bei der Aufhebung solcher Rechtsinstitute, die sich auf fortwährende Rechtsverhältnisse beziehen, eine „wahre, vollständige Entschädigung des Berechtig-

---

Sieht man aber auf die vom Revisionshof angegebenen Gründe, so ist die Unhaltbarkeit derselben einleuchtend. Der Revisionshof sagt, die Güter devolvierten erst dann an die Kinder erster Ehe, wenn nach einer von dem Überlebenden ihrer Eltern eingegangenen zweiten Ehe die in der ersten Ehe erzeugten Kinder jenen Überlebenden überlebten. Es könne daher erst beim Absterben des in Rede stehenden Ehegatten beurteilt werden, ob eine Vinkulation stattfinde, und folglich erlangten die Kinder erster Ehe erst durch dieses Absterben auch des zweiten Ehegatten ein erworbenes Recht. Ebenso nennt der Pariser Kassationshof die Devolution „une simple expectative". Allein ganz abgesehen davon, daß sich einzelne Coutumen ausdrücken, wie z. B. die von Laleu, Art. 28: „dans le cas d'entravestissement de sang, la propriété de tous les héritages sujets au dit échevinage et appartenage et appartenans aux époux au décès du premier mourant, sera dévolue *et appartiendra* aux enfants, issus du mariage et au dernier vivant d'iceux, pour, après le trépas du survivant, être *l'usufruit réuni à la propriété*" (ebenso die Coutume von Lüttich, Kap. 11, Art. 15), was freilich nicht die Regel ist, so ist doch jedenfalls nicht zu bestreiten, daß die Vinkulation sofort vom Tode des ersten Ehegatten an vorhanden war, da von diesem Augenblick an der Überlebende die Güter nicht mehr veräußern noch beschweren kann und er auch von diesem Augenblick ab als „propriétaire *bridé*" qualifiziert wurde (siehe Stockmans de jure Devolutionis, Kap. 5, Nr. 1; Kap. 6, Nr. 4). Sohet, in seinen Inst. de droit pour le pays de Liége, I, 271 fg., vergleicht das Devolutionsrecht der Kinder sehr richtig à un *fidéicommis conditionnel* qui s'évanouit s'ils meurent avant le parent. Die Ansicht des Revisionshofes stützt sich darauf, daß, wenn der Vater die Güter veräußert, diese Veräußerung gleichwohl nicht schlechthin nichtig ist, sondern gültig wird, wenn die Kinder vor ihm — ohne Rücklassung von Kindern — sterben. Allein hieraus kann man durchaus nicht schließen, daß

ten" geleistet werde. „Jeder wahre politische oder volkswirtschaftliche Zweck," sagt er, „wird durch die Ablösung mit Entschädigung vollständig erreicht, ohne Bereicherung

---

erst die Zeit des Todes zeige, ob Vinkulation vorhanden war. Diese war jedenfalls vorhanden und die ungültige Veräußerung konvalesziert nur nachträglich, wenn die Kinder kinderlos vor dem Vater sterben. Wenn der römische Ehemann Dotalgrundstücke veräußert, so ist dies eine durchaus nichtige Handlung. Allein wenn ihm späterhin die ganze Dos zufällt, so konvalesziert die Veräußerung von selbst und es braucht auch nicht einmal Wiederholung der früheren Tradition einzutreten (L. 42 de usurp., 41, 3). Deshalb wird niemand behaupten wollen, daß die Vinkulation der Dos erst bei Auflösung der Ehe beurteilt werden könne, und ebensowenig bezweifeln, daß die Unveräußerlichkeit der Dos ein erworbenes Recht der Frau bilde. Sogar wenn ein Nichteigentümer eine Sache veräußert und später das Eigentum an ihr erwirbt, konvalesziert dadurch die Veräußerung ohne eine Tradition von selbst (L. eadem., L. 4, § 32, de doli exc., 44, 4). Ebenso wird die ungültige Veräußerung der lucra propter nuptias nachträglich gültig, wenn sämtliche Kinder erster Ehe vor dem Vater sterben (Nov. 22, c. 26).

Es ist also nicht wahr, was der Berliner Revisions- und Kassationshof sagt, daß sich erst zur Zeit des Todes beurteilen lasse, ob Vinkulation vorhanden gewesen sei. Diese war jedenfalls vorhanden gewesen, ein Gewesensein, welches auf Grund späterer Gesetze oder Facta leugnen zu wollen, die Blüte einer in Verlegenheit gesetzten Sophistik ist. Es ist ebenso nicht wahr, was der Pariser Kassationshof sagt, daß das Recht der Kinder eine „bloße Erwartung" bildet. Es bildet vielmehr ein in jure irrevokables Recht, welches nur unter bestimmten faktischen Bestimmungen fortfallen soll, ein Recht, das daher mindestens ganz so erworben und unwiderruflich ist wie das eines bedingten Vertrages, in welchem das Recht sogar erst von dem Eintreten bestimmter faktischer Ereignisse abhängig gemacht wird. Aber das Devolutionsrecht begründet nicht (außer in jener

des einen Teils auf Kosten des andern, die durch die Natur solcher Gesetze auf keine Weise zu rechtfertigen ist."

Auf diese allgemeine Behauptung muß zunächst erwidert werden, daß es gar keinen größeren Irrtum gibt, als diese Annahme eines angeblichen Rechtes auf Entschädigung in den gedachten Fällen.

Dies ergibt sich mit unvermeidlicher logischer Notwendigkeit aus der von uns entwickelten Theorie. Das Recht konnte selbst durch Vertrag von Haus aus von dem Individuum mit Gültigkeit nur stipuliert werden bis zu dem Tage, wo das allgemeine Dasein eines solchen Rechtes auf ein es negierendes und für unmöglich erklärendes Bewußtsein des öffentlichen Geistes stoßen würde. Das Recht hat gegolten, solange es gelten konnte und sollte. Jener Tag des Verhängnisses, der Tag der von Haus aus dem Akte vorherbestimmten Notwendigkeit, ist nun eingetreten — und alles ist gesagt!

Ausnahme-Coutume von Laleu usw., wo allerdings auch anders entschieden werden müßte) einen aktuellen Übergang des Eigentums der Güter vom Vater auf die Kinder, sondern ein erworbenes Recht auf Erbschaft für die letzteren (wie im älteren deutschen Rechte das Recht der nächsten Erben ein solches war). Der prohibitive Geist des neuen französischen Rechtsbewußtseins war aber eben der: Erworbenes Recht auf Sukzession soll überhaupt nicht sein, sondern diese nur vom Gesetz verliehen werden können (weswegen z. B. auch die Erbverträge aufgehoben und im Art. 1389 des Code civil den Ehegatten verboten wurde, in den Ehepakten abweichende Bestimmungen über die legale Sukzession der Kinder zu treffen), in specie: Vorzugsrecht in der Sukzession zwischen den Kindern desselben Vaters oder derselben Mutter solle nicht sein können, — und darum also wich von jetzt ab auch das erworbene Recht auf Erbschaft als ein nur bis dahin erworbenes.

Die Grenze, bis zu welcher das Recht gelten sollte und konnte, ist erreicht, und es ist daher hier logisch und juristisch weder Raum noch Grund denkbar für eine Entschädigung. — Es gibt hier nichts zu entschädigen. Denn es ist hier dem einzelnen nichts genommen worden, was, wie bei der Expropriation, noch ferner als ein rechtmäßiges Eigentum anerkannt würde. Ein Recht der Entschädigung dennoch annehmen, da, wo der Inhalt des aufgehobenen Rechtes vom öffentlichen Bewußtsein bereits prohibiert, d. i. als widerrechtlich bestimmt ist, hieße vermöge der Kraft der Logik gar nichts Geringeres, als Klassen oder Individuen das Recht zusprechen: dem öffentlichen Geiste einen Tribut für seine Fortentwickelung aufzuerlegen, hieße also nichts anderes, als ein tributpflichtiges Hörigkeits- oder Abhängigkeitsverhältnis des öffentlichen Geistes von jenen berechtigten Klassen oder Individuen annehmen. —

So unzerbrechlich und genügend diese streng logische Folgerung ist, so würde doch das Gesagte zu ebenso großen Irrtümern Anlaß geben können wie die Worte Savignys nach der entgegengesetzten Seite hin, wenn nicht noch ein hierbei in Betracht kommender Unterschied dargelegt würde, der freilich nie außer Augen verloren werden darf.

Es ist hier also der Ort, die Theorie der Entschädigung bei Aufhebung bestehender Rechte durch Prohibitivgesetze im öffentlichen wie im Privatrecht zu entwickeln, welche die bisherige Unklarheit hierüber beseitigen und sich als die immanente Folge oder vielmehr nur als eine nähere identische Anwendung desselben Begriffes herausstellen wird, durch den sich uns auch die Aufhebung der bestehenden Rechte

selbst, bei einer negativen Gestaltung des allgemeinen Bewußtseins, als notwendiger Ausfluß der Rechtsidee ergeben hat.

Man muß nämlich genau darauf achten, was durch den neuen geistigen Inhalt des Bewußtseins wirklich prohibiert und ausgeschlossen wird: ob das Rechtsverhältnis selbst oder nur ein bestimmter Modus seiner Ausübung.

Dies bedarf einer schärferen Entwickelung.

Ein Recht qualifiziert sich juristisch nicht bloß durch den Eigentumsinhalt oder die Forderung, auf die es einen Anspruch gewährt, sondern ebenso auch durch die Beschaffenheit des Rechtstitels selbst, aus welchem der Anspruch fließt. Erst beides zusammen qualifiziert das wirkliche bestimmte Recht. Ich kann dieselbe Summe Geldes, dasselbe Quantum Naturalien, dieselben Dienstleistungen zu fordern haben. Aber es fragt sich, ob ich sie auf einen Kauf- oder Nutznießer, oder emphyteutischen Titel usw., auf einen Titel kontraktlicher oder gesetzlicher Nutznießung, auf einen dinglichen oder obligatorischen, auf einen lästigen oder unentgeltlichen Titel usw. zu fordern habe. Die juristische Bestimmtheit des wirklichen Rechtes tritt also erst durch die Hinzunahme des Rechtsgrundes zu dem Inhalt und Objekt des Rechtes hervor.

Ist nun die negative Wendung des neuen Bewußtseins die totale, daß nach ihm einerseits ein bestimmtes dingliches oder obligatorisches Recht von seiner Fortexistenz ausgeschlossen ist und andererseits zugleich aus diesem Rechtsgrunde (z. B. aus herrenschaftlichen Rechten) überhaupt keinerlei Recht auf den Gegenstand des bisherigen Rechtes mehr entstehen können soll, — so tritt die oben ent-

wickelte Folge ein, und von Entschädigung kann nicht die Rede sein.

Geht aber die Prohibition des neuen Bewußtseins nur so weit, daß aus diesem Rechtsgrunde allerdings noch Rechte, und zwar auch Rechte auf das bisherige Rechtsobjekt (resp. auf ein Rechtsobjekt derselben Art[1]) entstehen können sollen, nur nicht die bestimmte bisher gewählte Art der Rechtsbefrie-

---

1) So wird z. B. bei der Expropriation eines Terrains zum Zweck öffentlicher Bauten zwar das bestimmte bisherige Rechtsobjekt selbst publiziert, aber nur das einzelne zufällige Exemplar, nicht die Art dieses Rechtsobjektes. Grundstücke können noch weiter erworben werden und im Privateigentum sein. Eben deshalb muß Entschädigung gezahlt werden. Aber selbst hier ist die Entschädigung bloßer Schein und löst sich, ganz in Gemäßheit des im Text sofort weiter Gesagten, auf in eine Umwandlung des Eigentums an dem Grundstück aus seiner prohibierten in seine noch unprohibierte Form. Das Eigentum an jeder Sache umfaßt (vgl. hierüber oben Note 3 zu S. 184) zweierlei: erstens das Eigentum an ihrer singulären Existenz (Nutzbarkeit), zweitens das Eigentum an ihrem allgemeinen Tauschwert. Das Grundstück, das zum Zwecke öffentlicher Bauten expropriiert wird, ist seiner singulären Existenz nach publiziert; insoweit ist das Privateigentum daran aufgehoben, und hierfür wird auch keine Entschädigung gezahlt; denn das pretium *merae affectionis* wird von den Expropriationsgesetzen nicht gegeben. Sachen derselben Art und Gattung (Grundstücke) können aber noch Privateigentum sein. Die Art ist das Allgemeine der individuellen Sache. Da also das Allgemeine derselben noch nicht publiziert ist, Privateigentum daran noch ferner anerkannt wird, so muß dem Einzelnen das in dem speziellen Grundstück für ihn vorhandene Eigentum an dem allgemeinen Charakter der Sache auch gelassen, d. h. der allgemeine Tauschwert entrichtet werden, was somit gleichfalls nur eine Überleitung des prohibierten Eigentums in die noch unprohibierte Form desselben darstellt.

digung wegen besonderer Schädlichkeit oder Unstatthaftigkeit derselben (z. B. keine dinglichen Rechte mehr, wohl aber obligatorische usw.), — so muß nun allerdings eine Umwandlung eintreten. Diese kann und wird oft die Form einer Entschädigung haben. Aber dies ist nur ihre täuschende Außenseite. In der Tat ist sie nur eine Umwandlung, d. h. eine Überleitung des noch als wirksam anerkannten Rechtsinhaltes aus der prohibierten Art seiner Befriedigung in seine unprohibierte. Diese Umwandlung muß eintreten und zwar aus dem einfachen Grunde, weil ja nicht mehr aufgehoben werden darf, als durch die Anschauung des neuen Rechtsbewußtseins wirklich prohibiert ist. Wenn also im öffentlichen Bewußtsein noch nicht prohibiert ist, daß aus diesem bestimmten Rechtsgrunde Ansprüche überhaupt, und zwar Ansprüche an dies bestimmte Objekt des Rechtsverhältnisses, hervorgehen, so muß, indem die Prohibition nicht weiter geführt werden darf, als sie eben reicht, die Überleitung aus der jetzt unerlaubt gewordenen in eine noch erlaubte Form jenes noch als wirksam angeschauten Rechtsinhaltes vor sich gehen. Von einer Entschädigung als solcher ist dabei, auch wenn sie in Geld gezahlt wird, in Wahrheit gar nicht die Rede. Es wird bloß nicht mehr unterdrückt, als eben durch den jetzigen Stand des öffentlichen Geistes unterdrückt werden soll, und somit tritt logisch von selbst, bloß durch die Nichtprohibition, die in dieser Hinsicht vorliegt, der erlaubte Modus der Befriedigung an Stelle des prohibierten, Abgabe vom Reinertrag an Stelle der Abgabe vom Rohertrag, Geldabgabe an Stelle der Naturalabgabe usw.

Es ist zunächst erforderlich, das Gesagte durch kon-

krete Beispiele zu größerer Anschaulichkeit zu bringen.

Die konstituierende Versammlung, welche im Jahre 1789 in Frankreich zusammentrat, fand in dem bis dahin herrschenden Feudalsystem und den Lasten, Diensten und Abgaben aller Art, durch welche es die Freiheit der Personen und des Eigentumes fesselte, zwei große und prinzipiell verschiedene Gattungen dieser Rechte vor. Die einen dieser Lasten, Dienste, Abgaben, Verpflichtungen und Beschränkungen aller Art waren hervorgegangen aus der herrenschaftlichen Gewalt, welche früher den adeligen Grundeigentümern, religiösen Orden und Stiftungen der leibeigenen und hörigen Bevölkerung gegenüber zugekommen war, und wurzelten somit ursprünglich im reinen Personenrecht. Die anderen waren auch ursprünglich gegen eine Verleihung von Grund und Boden, also auf lästigen Titel, von den Grundherren erworben worden.

Was nun die Rechte der ersten Gattung anbetraf, so war die neue Anschauung des Bewußtseins eben die, daß persönliche Oberherrlichkeit, und rechtlicher Unterschied der Person überhaupt, nicht mehr sein solle, daß aus dem Personenunterschied kein Recht mehr hervorfließen solle. — Indem daher die Prohibition des Geistes sich ebensowohl abolierend gegen das Fortbestehen dieses bestimmten Rechtsinhaltes als gegen den Rechtsgrund dieser Verhältnisse überhaupt wandte und diesen als nicht mehr rechtlich wirksam anschaute, mußte die Prohibition die totale sein. Da dieser Rechtsgrund selbst keinerlei Wirkung mehr haben können, keinerlei Recht mehr aus ihm entstehen können sollte, so konnte das Recht auch nicht bloß die Form wechseln und ein Recht an Stelle des anderen treten.

Hier war daher auch für eine Entschädigung gar keine logische Möglichkeit vorhanden. Denn durch jede

solche wäre gerade als rechtlich fortwirkend gesetzt und anerkannt worden, was aus dem tiefsten Inneren des öffentlichen Geistes heraus als Unrecht und als absolut wirkungslos bestimmt war.

Ganz anders verhielt es sich mit der zweiten Klasse von Rechten, die ursprünglich gegen eine Verleihung von Grund und Boden, also auf lästigen Titel [1]), stipuliert worden waren.

Daß aus solchem Rechtsgrunde Rechte stipuliert werden konnten, sowohl irgendein Anteil an dem Ertrag des Grundstückes, als auch Rechte auf Dienstleistungen der Personen, denen dafür Werte abgetreten worden waren,

[1]) Unter lästigem Titel können niemals verstanden werden diejenigen Lasten, welche vom Berechtigten schon deshalb übernommen werden müssen, um die bloße Fortdauer des ihm eingeräumten Genusses zu sichern. Diese bilden kein Äquivalent für die Einräumung des Rechtes, sondern bloß eine notwendige Last der Erhaltung desselben. Es heißt daher in dieser Hinsicht äußerst richtig im Art. 24, Tit. 2 des Gesetzes vom 15. März 1790: „Sont exceptées de la suppression ci-dessus et seront rachetables: . . . . 2) les banalités qui seront prouvées avoir été établies par une convention souscrite par une communauté d'habitants et son seigneur, et par laquelle le seigneur aura fait à la communauté *quelque avantage de plus que* de s'obliger à tenir perpétuellement en état les moulins, fours ou autres objets banaux."

Ebenso kann ein Titel, der vielleicht ursprünglich lästig war, zu einem nicht mehr lästigen werden, indem die Last desselben in darin stipulierten fortwährenden Gegenleistungen und Diensten bestand, welche durch die geänderte Natur der Verhältnisse untunlich oder unzulässig geworden sind (wie z. B. die mittelalterlichen Ritterdienste der adeligen Grundherren in Preußen oder der von ihnen den bäuerlichen Hofinsassen zugesicherte Schutz usw.). Er ist dann von da an notwendig zu einem nicht lästigen Titel geworden und als solcher zu behandeln.

daß also Rechte aus *solchem Rechtsgrunde* hervorgehen, und zwar auf *dieselben Rechtsobjekte* hervorgehen konnten — dies war durch das neue Bewußtsein *nicht* prohibiert. Vielmehr durften fortwährend von neuem auf entgeltlichen Titel Reallasten und *obligatorische* Rechte auf menschliche Handlungen geschaffen werden. Nur der *bestimmte Modus* der vorgefundenen Rechte, nur die *gewählte Art der Rechtsbefriedigung* jener an sich noch immer zulässigen Rechte, war aus verschiedenen Gründen durch das neue Rechtsbewußtsein des Volkes prohibiert. So boten z. B. die Zehenten den großen Übelstand dar, daß sie als eine Abgabe vom Rohertrage die Amelioration des Bodens hinderten usw.

Alle diese Realabgaben und ebenso die für Grundverleihungen auferlegten persönlichen Dienste (corvées réelles) waren *insoweit* durch den Inhalt des gegenwärtigen Geistes prohibiert, daß sie in aeternum eine bestimmte und auf ewig für unablösbar erklärte Art von gewissen Naturalabgaben oder Dienstleistungen auferlegten. Sie beschränkten so die freie Benutzung des Grundeigentumes und brachten, indem sie zu einer stationären Bebauung desselben zwangen, eine künstliche Verminderung des Bodenertrages und eine Verarmung des Volkes hervor.

Sie verletzten ebenso den jetzt zum Bewußtsein gekommenen nicht weniger imperativen Grundsatz, die persönliche Freiheit des Menschen nicht auf ewig zu einer bestimmten Art von Handlungen verpflichten und ihn der Freiheit berauben zu können, sich durch eine Restitution des Wertäquivalentes (Ablösung) der übernommenen Verpflichtung zu bestimmten Diensten oder auch zur Verzinsung fremder Werte zu entziehen[1]).

[1]) Weshalb im Gesetz vom 18. Dezember 1790 verboten wurde, de ne plus à l'avenir créer aucune redevance foncière

Was somit jetzt wirklich durch den Fortschritt des Geistes prohibiert war, war hier nicht das Recht selbst, sondern überhaupt bloß seine Unablösbarkeit, war nicht die Substanz des Rechtes, sondern nur der bestimmte Modus der Befriedigung desselben, der in jenen Verträgen gewählt worden war.

Indem nun also natürlich nicht mehr aufgehoben werden konnte, als durch den Inhalt des Bewußtseins geboten war, mußte und konnte nur die Unablösbarkeit solcher Rechte, nicht diese selbst, aufgehoben werden. Dies gab somit von selbst ihre Ablöslichkeit, die somit nur scheinbar als eine Entschädigung für ein Prohibiertes, in der Tat aber nur der logisch-notwendige Fortbestand des noch nicht Prohibierten war.

Hätte man hier weiter gehen und jene Rechte, weil sie als unablösbare auf ewige Zeiten konstituiert waren, aus dem Grunde einfach unterdrücken wollen, weil das neue Bewußtsein solche Rechte nicht mehr anerkenne, so wäre hier allerdings Rückwirkung eingetreten. Denn wenn das Individuum sich im voraus unterwirft und unterwerfen muß dem Erlöschen seines Rechtes von dem Zeitpunkt an, wo das öffentliche Bewußtsein — dieser einzige wahrhafte Rechtsboden — einen bestimmten Rechtsinhalt als substantiell nichtig anschauen wird, so unterwirft sich das Individuum deshalb doch nicht der materiellen Abolition seines Rechtes für den Fall, wo nicht die Substanz, sondern nur eine bestimmte Befriedigungsart desselben vor den Augen des neuen Gesetzgebers nichtig ist und übergehen muß, also z. B. Unablöslichkeit

non remboursable, was dann zu dem ganz allgemeinen in den Code übergegangenen Grundsatz führte: chaque rente perpétuelle est essentiellement remboursable.

in Ablöslichkeit oder Naturalabgabe in Geldabgabe usw. Wenn hier statt dessen die gänzliche Unterdrückung erfolgt wäre, weil die bloße Formbestimmtheit, in der das Recht konstituiert wurde, nicht fortdauern kann, so würde das Individuum hier allerdings den Vorwurf gegen den Gesetzgeber erheben können: es würde, falls jene Form des Rechtes bei der Konstituierung desselben untersagt gewesen wäre, die andere noch jetzt erlaubte Form sich stipuliert haben, und dieser Vorwurf würde eine wirkliche Rückwirkung in sich einschließen, wie wir im Verlauf noch tiefer sehen werden. Im ersten Falle aber kann das Individuum diesen Vorwurf nicht erheben, weil ja auch in keiner anderen gewählten Form das absolut unzulässig und substantiell nichtig gewordene Recht länger hätte kontinuiert werden können.

Oder mit anderen Worten. Wenn, wie wir als das Gesetz der Sache gesehen haben, jedem Vertrage die stillschweigende Stipulation hinzuzudenken ist, daß das in ihm konstituierte Recht so lange dauern solle, solange nur dasselbe dem allgemeinen Geiste als rechtlich möglich und somit als nicht prohibiert erscheinen wird, so ist nun ebendeshalb für diesen Fall der Prohibition dem Vertrage notwendig auch noch die andere stillschweigende Stipulation hinzuzudenken: daß

> solange aus diesem Rechtsgrunde und an diesem Rechtsobjekt überhaupt noch ein Rechtsanspruch von neuem erworben werden kann und somit als rechtlich möglich anerkannt werden wird, das vom Individuum sich konstituierte Recht in jeder anderen Form und Bestimmtheit fortbestehen solle, welche vor dem Bewußtsein des neuen Gesetzgebers noch als zulässig erscheinen wird; d. h. also in jeder Form, in welcher aus diesem Rechtsgrunde

und auf dieses Rechtsobjekt auch noch nach dem neuen Gesetze Rechte neu erworben werden können[1]). Und die Verletzung dieser stillschweigenden Kontraktsstipulation, welche die konsequente Abstufung jener ersten ist, deren notwendiges und stillschweigendes Dasein allein die Rückwirkung ausschließt, würde somit in der Tat eine wirkliche Rückwirkung in sich tragen.

Wir werden so von allen Seiten immer wieder auf unseren systematischen Gedanken zurückgeführt und sehen, wie derselbe die Kraft hat, die begrifflichen Unterschiede der Materie aus sich zu erzeugen.

Ganz so nun, wie wir es hier als notwendig aus dem Begriffe fließend nachgewiesen haben, verfuhren die französischen Versammlungen der Revolutionszeit, indem sie

---

[1]) Wie sehr die von uns entwickelte Überleitung des Rechtes in seine noch unprohibierte Gestalt als die wahrhafte logische Idee der Sache hervortritt, in Rechtsgebieten, in denen von Entschädigung gar keine Rede sein kann, mag beispielsweise an dem Gesetz vom 8. Mai 1816 gezeigt werden, durch welches die Restauration in Frankreich die Ehescheidung aufhob. Klagen auf Trennung von Tisch und Bett (séparation de corps) blieben zulässig. Infolge dessen verfügte der Art. 2 des Gesetzes, daß alle hängigen Scheidungsklagen und — da unter dem Code civil die Scheidung vom Richter nur zugelassen und erst vom Zivilstandesbeamten ausgesprochen wird — alle bereits erlassenen, aber noch nicht exekutiven Scheidungsurteile in Separationsklagen und Separationsurteile umgewandelt sein sollten. — Scheidung sollte nicht mehr sein können, somit blieb die Separation als die noch erlaubte Form der Trennung, obgleich nicht hierauf geklagt und erkannt worden war und für die Separationsklage andere Formen als für die Scheidungsklage galten. Aber da auch jetzt noch auf Separation geklagt werden konnte, hätte es geheißen, die Gültigkeit individueller Handlungen rückwirkend vernichten, wenn man diejenigen, die ein Scheidungsurteil erlangt hatten, jetzt hätte nötigen wollen, von neuem auf Separation zu klagen.

mit der wahrhaften Logik des Begriffes alle Lasten, Rechte und Beschränkungen der ersten Klasse für ohne weiteres und ohne jede Entschädigung aufgehoben, alle solche aber, welche „der Preis und die Bedingung einer ursprünglichen Verleihung von Grund und Boden" waren, bloß für ablösbar *(rachetable)* erklärten. Dies Prinzip wird schon gleich in dem ersten Dekrete der berühmten Augustnacht angedeutet, wo es heißt Art. 1: „L'assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal et décrète que, *dans* les droits et devoirs tant féodaux que censuels, *ceux qui tiennent* à la main-morte réelle ou personnelle et à la servitude personnelle *sont abolis sans indemnité* et tous les *autres* déclarés *rachetables.*"

Zu seinem reinen begrifflichen Ausdruck kam dies Dekret erst in dem ausführenden Dekrete derselben Nationalversammlung vom 15. März 1790, wo es in Tit. 3, Art. 1, heißt:

„Seront *simplement rachetables* et *continueront d'être payés jusqu'au rachat effectué* tous les droits et devoirs féodaux et censuels utiles qui sont *le prix et la condition d'une concession primitive de fonds*", nachdem in den vorhergehenden Titeln alle anderen für unentgeltlich aboliert erklärt worden waren. Nach anderen ausführenden Gesetzen vom 3. Mai, 14. November, 23. Dezember 1790 und 13. April 1791 gelangte dies Prinzip zu seiner wahrhaft konsequenten Durchführung erst durch das Gesetz der assemblée législative vom 25. August 1792, wozu dann später das Schlußdekret des Konventes vom 17. Juli 1793 kam[1]).

[1]) Von den ausführenden Gesetzen ist oben nur an die wichtigsten erinnert worden; andere, wie die vom 28. Oktober 1790 über die dîmes inféodées, vom 26. Juli 1792 über die

Untersuchen wir nun beiläufig von dem festgewonnenen Standpunkt unseres Prinzipes aus das preußische Gesetz über die Regulierung und Ablösung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse vom 2. März 1850, so sind es traurige Resultate, die sich uns ergeben.

Zwar erklärt dieses Gesetz in den §§ 2 und 3 eine Anzahl von Berechtigungen für unentgeltlich aufgehoben, insbesondere auch (§ 2, Nr. 1 und 2) das Obereigentum des Lehnsherrn, des Guts- oder Grundherrn und des Erbzinsherrn, desgleichen das Eigentum des Erbverpächters, und spricht dem Erbzinsmann und Erbpächter das volle Eigentum durch die bloße Kraft des Gesetzes zu. Zwar scheint dies Gesetz auch ganz direkt dem von uns aufgestellten Prinzip entflossen zu sein, indem es in § 3, Nr. 10, ausdrücklich für ohne Entschädigung aufgehoben erklärt:

„die aus den früheren gutsherrlichen, schutzherrlichen und grundherrlichen Rechten abgeleiteten und hergebrachten Abgaben und Leistungen, welche, ohne zum öffentlichen Steuereinkommen zu gehören, die Natur der Steuern haben"

und indem es am Schluß des § 3 verordnet:

„Insofern jedoch die in diesem Paragraphen gedachten Dienste, Abgaben und Leistungen für die Verleihung oder Veräußerung eines Grundstückes ausdrücklich übernommen worden sind, bleibt deren unentgeltliche Aufhebung ausgeschlossen."

---

droits casuels pour mutation de propriété, vom 17. und 20. August 1792 über die droits féodaux fixes et casuels, vom 28. August und 7. Dezember 1792, vom 10. Juni 1793 usw., sind übergangen. Ebenso folgten noch auf das obige Dekret des Konventes einzelne ausführende und interpretierende Dekrete vom 7. September 1793, 2. Oktober 1793, 1. Brumaire, 9. Brumaire, 1 Frimaire, 28. Nivôse, 29 Floréal II usw.

Und gewiß ist nach diesen beiden angeführten Bestimmungen unleugbar, daß jener von uns oben (S. 345 fg.) in allgemeinerer begrifflichen Fassung nachgewiesene Unterschied bei diesem Gegenstande praktisch dem eigenen Rechtsgefühl des preußischen Gesetzgebers nach dem Vorgang der französischen Versammlungen zum Bewußtsein gekommen war.

Aber schon sehr bedenklich erscheint es, wenn der § 5 verordnet:

„Die mit dem § 2, Nr. 1 und 2, bestimmte Aufhebung des Obereigentumes des Lehnsherrn, Guts- oder Grundherrn und Erbzinsherrn, sowie des Eigentumes des Erbverpächters, hat nicht zugleich die Aufhebung der aus diesen Verhältnissen entspringenden Berechtigungen auf Abgaben oder Leistungen oder ausdrücklich vorbehaltene Nutzungen zur Folge; vielmehr bleiben diese Berechtigungen, sofern sie nicht etwa in dem gegenwärtigen Gesetze besonders für aufgehoben erklärt worden sind, fortbestehend."

Und hierauf werden in § 6 „alle beständigen Abgaben und Leistungen, welche auf eigentümlich oder bisher erbpachts- oder erbzinsweise besessenen Grundstücken oder Gerechtigkeiten haften", der Ablösung unterworfen.

Nun läßt sich aber historisch nicht leugnen, und nichts ist besser und wiederholter nachgewiesen worden, als daß besonders der Erbzins häufig auch aus bloßen Schutz- und Vogteiverhältnissen entstanden ist, in die sich freie Bauern mit ihrem Gute zu adeligen Herren oder Stiftern begeben hatten, ihnen sehr häufig und durch bloße Usurpation und durch das Überhandnehmen feudaler Anschauungen[1]) im Mittelalter aufgebürdet worden ist[2]).

[1]) Vgl. z. B. die Maxime: nulle terre sans seigneur.

[2]) Siehe Anm. 2 zu S. 359.

Zwar wird man sagen können, daß der § 5 jene Abgaben und Leistungen bloß insofern der Ablösung unterwerfe, „sofern sie nicht etwa in dem gegenwärtigen Gesetze besonders erklärt worden sind", und daß folglich in der vorhin angeführten Nr. 10 des § 3, welche alle solche Abgaben und Leistungen unentgeltlich aufhebe, die lediglich auf feudalem oder gutsherrlichem usw. Nexus beruhen, auch Erbzinse usw. unentgeltlich aufgehoben sind, insofern ein solcher feudaler Ursprung derselben nachgewiesen werden kann[1]).

---

[1]) Sicher ist es übrigens durchaus nicht, daß man mit dieser Auslegung vor unseren Tribunalen durchkommen würde. Denn hier würde gesagt werden können, daß die aus Erbzins- usw. Verhältnissen als solchen entspringenden Berechtigungen ausdrücklich vom § 5 für fortbestehend erklärt werden und daher auf ihren besonderen faktischen oder örtlichen Ursprung nicht zurückgegangen werden dürfe; daß allerdings dieser Paragraph auch bei Erbzinsgütern usw. solche auf ihnen haftende Abgaben ausnehme, welche in dem Gesetz „besonders für aufgehoben erklärt worden sind"; daß der § 3, Nr. 10, aber, welcher alle Berechtigungen unentgeltlich aufhebe, welche die „Natur von Steuern haben", hierdurch nur eine allgemeine Kategorie aufstelle, aber nicht den Erbzins „besonders" (namentlich) für unter irgendwelchen Umständen aufgehoben erkläre; daß im Gegenteil der Erbzins als solcher in der Tat nicht die „Natur von Steuern", sondern die einer reinen Reallast (Grundabgabe) habe (vgl. Allgemeines Landrecht, T. I, Tit. 18, § 680 fg. und § 813 fg.), und daß daher der Gegenbeweis, daß ein bestimmter Erbzins durch seinen faktischen und örtlichen Ursprung eine ähnliche Natur habe, als nicht von dem Gesetz gestattet zu betrachten sei.

Faßt man das Gesetz in dieser dem Bauer den Gegenbeweis des feudalen Ursprunges gegen die gesetzliche Vermutung der Grundverleihung abschneidenden Weise auf, so gilt dann auch in dieser Hinsicht auf das härteste

Wenn man das Gesetz aber selbst in diesem Sinne auslegt, so enthält es immer noch in bezug auf den Erbzins usw. die Aufstellung einer Präsumtion zugunsten des Berechtigten und schiebt hierin dem Verpflichteten die Last des Beweises zu, wie dies allerdings auch in Frankreich zuerst durch das Gesetz der Konstituante vom 15. März 1790 geschehen war[1]), ein Gesetz, welches aber in Aufstellung dieser gegen das historische Sachverhältnis laufenden, für deutsche Bauernverhältnisse übrigens aus historischen Gründen[2]) noch viel

---

von diesem Gesetz das, was wir sehr bald in bezug auf andere Bestimmungen desselben dartun werden.

Jedenfalls werden die Interessen der berechtigten Grundaristokratie mit ganz anderer Sorgfalt von diesem Gesetz gewahrt. Denn zu ihren Gunsten wird, wie wir schon gesehen haben, am Schlusse des § 3 ganz ausdrücklich bestimmt, daß auch die vom Gesetz für unentgeltlich aufgehoben erklärten Berechtigungen dennoch fortbestehen sollen, wenn ihre Entstehung für Verleihung oder Veräußerung eines Grundstückes erwiesen wird.

[1]) Art. 2: Et sont présumés tels (nämlich als prix d'une concession primitive de fonds, und daher rachetables) *sauf la preuve contraire:* 1⁰ Toutes les redevances seigneuriales annuelles en argent, grains, volailles, cire, denrées ou fruits de la terre, servis sous la dénomination de cens, censives, ventes féodales, seigneuriales et emphytéotiques etc. etc. qui ne se paient et ne sont dues que par le propriétaire ou possesseur d'un fonds, sauf qu'il est propriétaire ou possesseur et à raison de la durée de sa possession.

[2]) Siehe hierüber und zu dem Vorhergesagten über die aus Schutzverhältnissen (in die sich Freie mit ihren Gütern begeben hatten) übernommenen und aus anderen Feudalzuständen freien Bauerngütern aufgezwungenen Erbzinse usw. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechtes, 7. Aufl., Bd. 1, §§ 80—92, und Bd. 2, § 480 fg.; Möser, Osnabrückische Geschichte, T. 2, Abschnitt 2, §§ 22—24.

weniger als für Frankreich gültigen und somit grundlos die Regeln der juristischen Beweislast umkehrenden[1])

und Abschnitt 3, §§ 13—15; Haggenmüller, Geschichte von Kempten, S. 101, 215; Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, §§ 195, 196, 223, 247 Anmerk. 2, 343, 368, 448, 545, 169, 194; desselben Einleitung usw., § 50 zu Ende, §§ 51, 52c, 54 fg.; Kindlinger, Geschichte der deutschen Hörigkeit, §§ 2 fg., 15, 16, 42 fg.; Grimm, D. R. A., S. 503, 562; Sommer, Rechtsverhältnisse usw., S. 113; desselben Bauergüter, S. 113, 124; Zimmermann, Geschichte der Bauernkriege, den ganzen ersten Band und die bei diesen Autoren, besonders Mittermaier, angeführte Literatur.

[1]) So sind z. B. im Herzogtum Westfalen die sogenannten Erbzinsgüter dennoch seit je volles Eigentum der Besitzer (also nicht geteiltes Eigentum oder Erbzinsgüter im Sinne des Allgemeinen Landrechtes am vorher angeführten Orte); s. Sommer, Bauerngüter im Herzogtum Westfalen, §§ 13, 14, 59. Dasselbe gilt von den Erbzinsgütern im Fürstentum Siegen; s. Schenk, „Statistik von Siegen", § 54. Ebenso kommen im Eichsfelde unter dem Namen Erbzinsgüter häufig reine Zinsgüter vor; s. Revidierter Entwurf des Provinzialrechtes des Eichsfeldes, § 46, Motive, S. 68 und Akta des Ministeriums des Innern, Regulierungen und Gemeinheitsteilungen Gen., Nr. 9b, Bl. 11 fg., angezogen bei Dönniges, Die Landeskulturgesetzgebung Preußens, im höheren Auftrage mit Benutzung amtlicher Quellen, Bd. 2, S. 95. Ebenso erscheinen im Fürstentum Minden unter dem Namen Erbmeier- (Erbpachts-) Güter, freie, im vollen Eigentum befindliche Güter; s. Wigand, Provinzialrecht von Minden, I, 120.

Es läßt sich aber überhaupt kein stichhaltiger Grund absehen, warum der Berechtigte nicht ebenso gut, wie er das Dasein und den Umfang seines Anspruches zu erweisen hat (vgl. Struckmann in den Beiträgen zum Osnabrückischen Eigentumsrecht, Beitr. 10, S. 28; Reyscher, Württembergisches Privatrecht, I, 411), auch die Qualität seines Anspruches erweisen soll, und warum das Gesetz hier, und bei solchen historischen Umständen, eine den allgemeinen Regeln über die Be-

Vermutung den Berechtigten nur noch viel zu günstig war[1]).

Allein das Gesetz vom 2. März 1850 enthält andere Punkte, die keinem Versuche einer Beschönigung zugänglich und deren kritische Bloßlegung in einem noch engeren Zusammenhange mit den von uns untersuchten Prinzipien steht.

Durch Tit. 2, § 11, desselben werden nämlich auch die ungemessenen Dienste der Ablösung unterworfen.

Die ungemessenen Dienste tragen aber so deutlich den Stempel ihres feudalen Ursprunges auf der Stirn, daß derselbe vom preußischen Gesetzgeber selbst eingestanden worden ist. In dem für die westfälischen, bergischen und hanseatischen Landesteile zur Schlichtung der Zweifel über das, was durch die französische Periode daselbst abgeschafft worden sei oder nicht, erlassenen preußischen Gesetze vom 25. September 1820 (Gesetzsammlung, S. 169) heißt es:

---

weislast widersprechende Vermutung aufstellt, zumal endlich, wo der Erbzins usw. durch Verleihung von Grundstücken entstanden ist, der Berechtigte mindestens in der Regel eine Urkunde darüber besitzen wird, wo er aber etwa durch Mißbrauch der Feudalgewalt entstand, ein Revers hierüber vom Feudalherrn freilich nicht ausgestellt wurde!

[1]) Schon durch die assemblée législative wurde daher durch Gesetz vom 25./28. August 1792, Art. 1 und 4, die Vermutung jenes Gesetzes von 1790 umgekehrt und alle dort für ablöslich erklärten Rechte für unentgeltlich aufgehoben erklärt, wenn nicht bewiesen würde, daß sie in einer Abtretung eines Grundstückes ihren Ursprung haben, welcher Beweis lediglich durch Vorlegung der ursprünglichen „Belehrungs-, Zins- oder Erbverpachtungsurkunde" geführt werden dürfe.

§ 3. „Die Leibeigenschaft und Erbuntertänigkeit ist und bleibt mit ihren Folgen aufgehoben."

§ 4. „Zu diesen Folgen werden gerechnet und sind daher aufgehoben: Nr. 4 alle ungemessenen Dienste, wenn sie auch in Rücksicht des Besitzes eines Grundstückes obliegen."

Indem jetzt gleichwohl diese Dienste der Ablösung unterworfen wurden, liegt hierin nicht nur eine interessante Probe von dem Fortschritt unserer konstitutionellen Periode gegen die Zeit des Absolutismus, sondern noch etwas viel Ernsteres vor.

Die Wissenschaft, deren erste Pflicht schärfstes Denken ist, kann deshalb auch gar nicht auf das Recht verzichten, die Schärfe der Begriffsbestimmungen in der ihr allein entsprechenden Schärfe und Bestimmtheit der Ausdrücke niederzulegen. Es muß hiernach gesagt werden, daß es geradezu nichts anderes war, als ein widerrechtlich am armen Manne zugunsten der reichen Grundaristokratie begangener — Raub, wenn das Gesetz für nur ablösbar und also fortbestehend Dienste erklärte, welche vom preußischen Gesetzgeber selbst als „Folgen der Leibeigenschaft und Erbuntertänigkeit" anerkannt worden waren.

Die widerrechtliche Beraubung bestand darin, daß man diese Fronen trotz ihres feudalen Ursprunges für fortbestehend erklärte in demselben Augenblicke, wo man die prohibitive Wendung des gesamten Rechtsbewußtseins der Zeit gegen jene feudalen Verhältnisse gesetzgeberisch so sehr anerkannte, daß man (s. §§ 2 und 3 des Gesetzes, besonders Nr. 10 und am Schluß) die Fort-

dauer dieser Verhältnisse als eine unrechtliche abolierte[1]).

Nun erst war die gleichwohl dekretierte Fortdauer jener Dienste, die entsprungen waren aus Verhältnissen, welche der Gesetzgeber selbst als ein Dasein des Unrechtes eingestanden hatte, zu einem wahrhaften Unrecht und zu einer durch keine bona fides mehr gedeckten gewaltsamen Eigentumsverletzung der ärmeren Klasse geworden. Im Mittelalter konnten wenigstens, da das juristische Recht stets nach dem Bewußtsein der Zeit bemessen werden muß, in rechtlicher Weise auf Grund damals geltender Verhältnisse des öffentlichen Rechtes feudale Lasten bäuerlichen Gütern und ihren Besitzern auferlegt werden, wenn es auch der historischen Wirklichkeit zufolge meist durch Gewalt, Usurpation und Unterdrückung geschah. Jetzt aber dekretierte man den Fortbestand und den Kapitalabkauf dieser Berechtigungen zu einer Zeit, wo man selbst nicht mehr den Glauben an dieses Recht hatte, in demselben Augenblicke, wo vielmehr die Widerrechtlichkeit und Ungültigkeit aller aus feudalem Titel entsprungenen Rechte — vgl. noch Art. 42 der Verfassung vom 31. Januar 1850[2]) — als die gebieterische

---

[1]) „— — weil das ganze Ablösungsgesetz, insbesondere aber die §§ 2 und 3 desselben ergeben, daß alle auf dem Grundeigentum ruhenden Reallasten, die ihre Entstehung in einem feudalen oder gutsherrlichen usw. Nexus gehabt haben, aufgehoben werden sollen." (Erwägungsgründe des 5. Senates des Obertribunals Präj. vom 6. November 1855, Archiv für Rechtsf., XVIII, 277.)

[2]) Lautend: „Aufgehoben ohne Entschädigung sind: 1. die Gerichtsherrlichkeit, die gutsherrliche Polizei und obrigkeitliche Gewalt, sowie die gewissen Grundstücken zustehenden Hoheitsrechte und Privilegien; 2. die aus diesen Befug-

Vorschrift des allgemeinen Rechtsbewußtseins vom Gesetzgeber selbst proklamiert wurde. Dieser Mangel des Glaubens an sich selbst, die in dem Kapitalabkauf vorliegende Aufrechterhaltung des Rechtes gegen den zwingenden Inhalt des eigenen gesetzgeberischen Bewußtseins, macht jenen dennoch verordneten Abkauf zu einer widerrechtlich und wider das eigene Rechtsbewußtsein verordneten Vermögensverletzung der ärmsten Klassen zugunsten der adeligen Grundbesitzer, und somit allerdings logisch-konsequent zu einem Raube[1]).

Nicht viel anders verhält es sich in bezug auf die Besitzveränderungsabgaben (Laudemien), von denen in den §§ 36—40 dieses Gesetzes nur die bei Veränderungen in herrschender Hand eintretenden aufgehoben, aber die bei Veränderungen in dienender Hand eintretenden — und bekanntlich ist letzteres die Regel — mit Ausnahme der Gerichtssporteln (§ 39) sämtlich der Ablösung unterworfen wurden, falls nur die Laudemienpflichtigkeit des

---

nissen, aus der Schutzherrlichkeit, der früheren Erbuntertänigkeit, der früheren Steuer- und Gewerbeverfassung herstammenden Verpflichtungen."

[1]) Diese Kritik läßt sich natürlich nicht auf solche Ablösungen von ungemessenen Diensten anwenden, welche z. B. in Preußen in der Gesetzgebungsperiode von 1810 und den folgenden Jahren angeordnet wurden. Damals traten diese Maßregeln als ein merum beneficium zur zweckmäßigen Verbesserung der Lage der ländlichen Bevölkerung ein, ohne einem prohibitiven Rechtsbewußtsein des Gesetzgebers entflossen zu sein. Damals wurde daher auch nicht die unentgeltliche Aufhebung der feudalherrlichen Lasten als gesetzgeberische Rechtsanschauung proklamiert. Daß dies 1850 geschah und gegen diese vom Gesetzgeber selbst (durch Verfassung wie Gesetz) verkündete Prohibition des allgemeinen Rechtsbewußtseins die Ablösung verfügt wurde, ist es, was die obige Kritik begründet.

Gutes, auch ohne Angabe ihres Rechtsgrundes, in einer öffentlichen Urkunde anerkannt war. Unmöglich kann von den Laudemien geleugnet werden, daß sie historisch mindestens in den zahlreichsten Fällen in feudaler Weise. nicht als reine Grundabgabe (Reallast) entstanden sind. Gleichwohl lassen die §§ 36—40 (und am klarsten der Schluß des § 3 des Gesetzes, vgl. mit § 39) keinen Zweifel darüber, daß in bezug auf die Laudemien dem bäuerlichen Besitzer selbst der Gegenbeweis der feudalen Entstehung abgeschnitten ist.

Endlich ist bei diesem Gesetz noch folgendes in Betracht zu ziehen.

Sogar die französische Konstituierende Versammlung hatte, wie wir gesehen haben, nur die Unablöslichkeit jener auf Grund einer Bodenverleihung entstandenen Lasten, weil der Freiheit des Bodens und des Individuums widersprechend, aufgehoben. Sie hatte in richtiger Konsequenz dessen nicht mehr aufgehoben, als durch den prohibitiven Inhalt des Bewußtseins aufzuheben geboten war, nämlich die Zwangsbestimmung der Unablöslichkeit. Sie hatte daher diese Rechte nur für ablöslich erklärt (rachetables) und diese Befugnis in die freie Wahl der Verpflichteten gestellt[1]).

In zwingender Weise dagegen trat das Gesetz vom 2. März 1850 auf. Es stellte (s. § 64, 94 und das Gesetz über die Rentenbank vom selben Tage) die Forderung der Ablösung nicht bloß in die Wahl der Verpflichteten. sondern ebenso auch in die der Berechtigten, und machte so den Kapitalabkauf der Dienste und Leistungen aus einer freien Wahl zu einer unfreiwilligen

[1]) Siehe den Rapport von Tronchet, vom 28. März 1790. T. XVI des proc. verb. de l'Assemblée. Ebenso z. B. die hannoverische Ablösungsordnung von 1833.

Pflicht, statt zu einer Konsequenz der persönlichen Freiheit der Verpflichteten zu einem Zwange für dieselben. Es hätte sich dies Gesetz statt Gesetz über die „Ablösbarkeit", richtiger als ein Gesetz über Ablösungszwang charakterisieren sollen. Fragt man sich, wie dies zur Zeit höchster Reaktion so auffällige, die französische revolutionäre Versammlung noch weit hinter sich lassende zwingende Auftreten zugunsten der persönlichen Freiheit zu verstehen und zu erklären sei, so bietet sich darauf als Antwort in einleuchtender Analogie die Motivierung, mit welcher sogar jetzt unter einem liberalen Ministerium der den Kammern vorgelegte Entwurf zur Aufhebung und Entschädigung der Grundsteuerfreiheit[1]) ausdrücklich versehen ist. Die Regierung — heißt es hier — hofft hierdurch: „eine Frage zur befriedigenden Lösung zu bringen, welche, wenn letztere nicht bald erfolgt, einer weniger rücksichtsvollen Behandlung unaufhaltsam entgegeneilt".

Der Feudalist fühlt die ihm so knapp zugemessene Zeit — und greift schnell noch mit beiden Händen von neuem in die Taschen des Volkes, um noch vor dem Hahnenschrei durch eine neue Gewalt seinen feudalen Besitz in bürgerlichen zu verwandeln[2])!

---

[1]) In der Session von 1859—1860.

[2]) Kann es wundern, wenn ein Gesetz von den Tribunalen in dem Geiste interpretiert wird, in welchem es erlassen worden? Das Obertribunal hat dies reichlich getan. So konnte zwar nicht geleugnet werden, daß die unter der Benennung „Geschoß" und „Erbgeschoß" vorkommende Abgabe aus den früheren schutzherrlichen Rechten, insbesondere aus der Gerichtsherrlichkeit herzuleiten und daher unentgeltlich aufgehoben sei (Präj. des Obertribunals vom 10. Dezember 1853 und vom 3. Juli 1855; Entscheidungen, XXVII, 272, und Zeitschrift des Revisionskoll., IX, 55), aber das Obertribunal brachte

Kehren wir nunmehr von dieser Kritik des Gesetzes vom 2. März 1850 zu dem oben entwickelten begrifflichen Unterschied zurück. Wir haben in demselben ein

---

gleichwohl fertig zu erklären, daß, wenn nur die — von den Berechtigten selbst herrührenden — Quittungen eine Abgabe als Geschoß, Geschoßgeld, Geschoßzins usw. bezeichnen, hieraus für sich allein die Entstehung der Abgabe aus einem schutzherrlichen, gutsherrlichen oder grundherrlichen Rechte oder ihre steuerartige Natur nicht herzuleiten sei (Präj. des Obertribunals, II. Senat vom 29. Januar 1856; Archiv für Rechtsf., XX, 95), obgleich schon durch ein Urteil vom 16. Oktober 1847 (Entscheidungen, XVI, 264) das Obertribunal die Steuernatur des „Geschoß" nachgewiesen hatte; vgl. das schon bezogene gründlich motivierte Erkenntnis vom 10. Dezember 1853. — Der § 3, Nr. 8 des Gesetzes, hatte die unentgeltliche Aufhebung der zu persönlichen Bedürfnissen der Gutsherrschaft und ihrer Beamten bestimmten Dienste ausgesprochen. Aber trotz des offenbar herrenschaftlichen Ursprunges derselben und trotz der im § 3 verfügten Aufhebung aller so entstandenen „Abgaben und Leistungen" brachte der zweite Senat des Obertribunals fertig, zu erklären, daß die Abgaben, in welche solche Dienste erweislich umgewandelt worden, nicht aufgehoben seien (Präj. vom 21. März 1854, Entscheidungen, XXVIII, 261), obwohl der V. Senat des Obertribunals sehr richtig erwägt: „daß sich kein Grund denken läßt, aus welchem der Gesetzgeber, welcher die aus dem Jagdrecht originierenden Dienste und Leistungen unentgeltlich aufhebt, die aus gleichem Grunde entstandenen Abgaben fortbestehen zu lassen bezweckt haben sollte, da der reprobierte Verpflichtungsgrund zu einer solchen Reallast derselbe bleibt, ob die Dienste in Natur geleistet werden, oder ob sie durch Vertrag oder Herkommen in eine Geldrente umgewandelt worden sind" (Präj. vom 6. November 1855; Archiv für Rechtsf., XVIII, 278), und obwohl bereits durch Urteil des Obertribunals vom 15. Juni 1852 (Archiv für Rechtsf., VII, 219) dasselbe entschieden worden war. Die

ebenso unangreifbares als leicht anzuwendendes Prinzip gefunden, nach welchem jetzt überall mit vollständiger Sicherheit zu bestimmen ist, wo Entschädigung, respektive Umwandlung und Ablösung einzutreten hat und wo nicht.

Handelt es sich z. B. um Aufhebung der Leibeigenschaft, so kann von einer Ablösung nicht die Rede sein, weil hier aus diesem Rechtsgrunde — persönliche Oberherrlichkeit über Menschen — überhaupt kein Recht mehr nach dem gegenwärtigen Bewußtsein bestehen kann. Es ändert gar nichts, wenn der Leibeigene durch Kauf erworben wäre; denn es kann dabei nur ankommen auf das Recht des ursprünglichen Besitzers. Kein Verkäufer kann größere Rechte übertragen, als er selber hat, und jeder Titel geht über mit der Kaduzität, die ihm anklebt, insbesondere also mit der Kaduzität vor dem späteren prohibitiven Gesetz. Dasselbe Resultat ergibt sich übrigens auch nach unserer Formulierung des Grundsatzes, wenn man nur auf den letzten Ankauf sieht. Kauf an sich ist noch ein gültiger Rechtsgrund, aus welchem Rechte entstehen können. Aber an diesem Rechtsobjekt — dem Menschen — sollen aus diesem Rechtsgrund keine Rechte mehr entstehen können, Menschen nicht käuflich sein, und es ist daher die Prohibition die totale, keine

---

Entscheidung des II. Senates des königlichen Obertribunals (vom 22. April 1852), daß das Gesetz vom 2. März 1850 auf die in den ehemals französisch-hanseatischen Landesteilen auf drei Vererbungsfälle geschlossenen Erbpachten nicht anwendbar sei, hat bereits bei Gierse, „Über die Natur der münsterschen Erbpächte" usw., und in der preußischen Gerichtszeitung, 1859, Nr. 53, ihre genügende Kritik gefunden.

Man beschuldige diese und andere Entscheidungen der Nichtübereinstimmung mit dem Gesetz, so viel man will. In dem „Geiste" des Gesetzes hat das Obertribunal jedenfalls entschieden!

Umwandlung zulassende, da kein Recht mehr fortexistiert, welches den Grund derselben abgeben könnte.

Oder es handelt sich um Aufhebung der Jagdgerechtigkeit.

Im allgemeinen ist dies Recht von feudal-gutsherrlichem Ursprunge und insoweit daher infolge der das Hervorgehen von Rechten aus diesem Rechtsgrund prohibierenden Anschauung des Rechtsbewußtseins absolut abrogiert. Daß diese ursprünglich feudale Gerechtigkeit später durch käuflichen Titel übertragen worden sei, bleibt ein leeres Gerede, das die Natur der Sache nicht ändert, da hier wie überall der Titel durch seine Übertragung keine größere Gültigkeit empfangen kann, als ihm ursprünglich zukam, und der Eigentümer jedes Recht, wie jede Sache, immer auf Gefahr des Unterganges kauft.

Dagegen macht die Unparteilichkeit der Wissenschaft allerdings zur Pflicht, zu bemerken, daß, da einerseits, wie selten auch diese Voraussetzung eintreffen möchte, möglicherweise doch auch ursprünglich eine Jagdgerechtigkeit auf einen entgeltlichen, nicht-feudalen Titel vom Grundeigentümer dem Jagdberechtigten konstituiert sein konnte, und da andererseits das Jagdgesetz vom 31. Oktober 1848 selbst in seinem § 2 nicht jede Trennung des Jagdrechtes vom Grund und Boden, sondern solche nur in der Form eines dinglichen Rechtes prohibiert[1]), aus diesen Gründen das bezogene Gesetz der preußischen Nationalversammlung vom 31. Ok-

---

[1]) § 2: „Eine Trennung des Jagdrechtes vom Grund und Boden kann als dingliches Recht künftig nicht stattfinden," weshalb dann auch durch das Gesetz vom 7. März 1850 unter besonderen Bedingungen Verpachtungen der Jagd zugelassen wurden.

tober 1848 zwar die unentgeltliche Aufhebung des aus herrenschaftlichen Rechten hervorgegangenen Jagdrechtes und die gesetzliche Vermutung dieses Ursprunges für alle Jagdgerechtigkeiten hätte aussprechen, zugleich aber auch den Gegenbeweis entgeltlicher Veräußerung durch den Bodeneigentümer hätte zulassen und in diesem Falle die Ablösung verordnen müssen. Nur genau so weit kann der Einwurf gegen jenes Gesetz getrieben werden. Denn dies freilich läßt sich nach der oben auseinandergesetzten begrifflichen Natur der Sache nicht absehen, warum selbst insoweit und in bezug auf die Form, in welcher Jagdrecht auch nach dem neuen Gesetze noch sollte neu entstehen können, dasselbe in bezug auf früher geschlossene Verträge ohne Umwandlung und Ablösung unterdrückt sein sollte. — Hierbei mag übrigens noch genau hervorgehoben werden, daß diese Ablösung da nicht einzutreten hatte, wo früher von seiten eines Gutsherrn einem bäuerlichen Besitzer ursprünglich ein Grundstück mit Vorbehalt der Jagdgerechtigkeit abgetreten worden war. Denn dieser Vorbehalt war ein in der Feudalzeit schon den Verhältnissen der Gutsoberherrlichkeit und des öffentlichen Rechtes entflossener und deshalb diese Trennung, als jetzt gänzlich von dem jetzigen Bewußtsein prohibiert, von nun an wirkungslos in sich zusammengesunken. Nur wo nachweislich das Bodeneigentum des bäuerlichen Besitzers der Abtretung der Jagdgerechtigkeit durch ihn vorhergegangen, diese somit von ihm selbst besessen und durch einen freien Willenskontrakt veräußert worden war — oder wo zwar ursprünglich bei der Abtretung des Eigentumes die Jagdgerechtigkeit vorbehalten, diese Veräußerung aber zwischen Rechtsgleichen (adeligen Grundherren oder Bauern unter sich) und also ohne Ein-

fluß des öffentlichen Rechtes geschehen war[1]) —, nur da durfte und mußte Ablösung eintreten.

Umsonst würde man sich gegen diese Kritik unserer obigen Formel zugunsten dieses Gesetzes bedienen und etwa sagen wollen: Aus diesem Rechtsgrund — Kauf — können allerdings noch Rechte hervorgehen, aber nicht mehr auf dieses Rechtsobjekt — Wild auf fremdem Acker —, und die Aufhebung ohne Entschädigung ist daher in allen Fällen gerechtfertigt. Die Antwort darauf liegt in dem bereits hervorgehobenen Momente, daß auch nach dem Gesetze vom 31. Oktober das Jagdrecht nur als dingliches Recht ausgeschlossen worden ist, nicht aber als persönliches Pachtrecht, in welcher Form es vielmehr zugelassen wird unter Bedingungen, die dann durch das Gesetz vom 7. März 1850 näher festgestellt worden sind. Nun stellt aber Pachtung gleichfalls einen Kauf dar, nämlich einen Kauf der Nutzungen auf bestimmte Jahre, und es ist also z. B. nicht abzusehen, warum die Jagdgerechtigkeit, unter den oben erörterten Voraussetzungen ihrer Entstehung, wenn die sonstigen Bedingungen des Gesetzes vom 7. März 1850 vorliegen, nicht in ein Pachtrecht auf die in § 10 desselben vorgeschriebene längste Dauer von zwölf Jahren übergegangen oder in anderer Weise abgelöst worden ist. Es wurde also mehr pro-

---

[1]) Ganz angemessen bestimmt daher z. B., offenbar durch diesen Gedankengang geleitet, das Gesetz der französischen Nationalversammlung vom 15. März 1790 in Tit. 2, Art. 24: „Sont exceptées de la suppression ci-dessus et seront rachetables: 1. Les banalités qui seront prouvées avoir été établies par une convention souscrite entre une communauté d'habitants et un *particulier non seigneur.*"

hibiert, als durch den Inhalt des gesetzgeberischen Bewußtseins selbst zu prohibieren gefordert wurde[1]).

Setzen wir nun, in unserer Musterung der Fälle fortfahrend, in welchen Entschädigung, d. h. Umwandlung, eintreten und nicht eintreten darf, es handle sich um die Aufhebung von Grundsteuerfreiheit gewisser Klassen von Grundbesitzern. Die prohibitive Anschauung des Rechtsbewußtseins ist hier die: Vorrechte sollen nicht sein. Rechtsgrund und Inhalt des Rechtes ist also gleichmäßig aufs stärkste von jeder Fortwirkung ausgeschlossen. Was also einzutreten hat, ist nichts als sofortiges Weichen des Rechtes selbst und durchaus nicht eine *formelle Umwandlung* desselben. Eine *solche* aber und somit nicht eine Aufhebung, sondern gerade eine *fortgesetzte Anerkennung* und *perpetuierlich gemachte Fortwirkung* des durch das Rechtsbewußtsein des Volkes aufgehobenen Vorrechtes, würde die *Entschädigung*, wie wir gesehen haben, notwendig darstellen. Der Einwurf, die betreffenden Güter seien nicht bloß ererbt, sondern auch *käuflich* erworben und in diesem Falle nach dem Reinertrage mit Berücksichtigung ihrer Steuerfreiheit bezahlt, so daß diese die Natur wahren Eigen-

[1]) Wenn diese Kritik im Interesse der strengen Unparteilichkeit, welche die Pflicht wissenschaftlicher Theorie ist, geübt wurde, so erhellt von selbst, daß aus der Nichtbeachtung dieses theoretischen Unterschiedes im gewaltigsten Drange praktischer Ereignisse der Nationalversammlung von 1848 keinerlei Vorwurf entstehen kann, und um so weniger, als dieser Unterschied eben nur eine mehr theoretische Bedeutung hat und schwerlich irgend zahlreiche Fälle der Art vorlagen, in welchen nach den obigen Auseinandersetzungen die Ablösung wirklich hätte eintreten müssen, der Jurist aber, wie bereits das römische Rechtsadagio sagt, hauptsächlich auf das sieht, quod plerumque fit. —

tumes annehme, bleibt ein widerwärtig leeres Gerede. Das Vorrecht der Steuerfreiheit läßt sich auf länger, als der Staat es anerkennt, um gar nichts gültiger von seinem ersten Inhaber kaufen, als von ihm erben. Der Verkäufer hat das Gut nur so verkauft, wie er es selbst besessen, mit dem Vorrecht der Steuerfreiheit bis zum Tage des prohibitiven Gesetzes. Wurde ein Recht mitgekauft, welches jetzt zugrunde gegangen ist, so gilt der alte Grundsatz alles Eigentumsrechtes: res perit domino. — Der Zinsvertrag stellt gewiß ein wahrhaft erworbenes Recht dar. Dennoch hat man, wenn z. B. Justinian, die preußische Regierung und andere Gesetzgeber Gesetze über ein Zinsmaximum mit Einwirkung auf die bereits bestehenden Verträge erließen und diese somit auf die Höhe des jetzt noch erlaubten Zinssatzes reduziert waren, noch nie gehört, daß die Gläubiger sich herausgenommen hätten, vom Staate eine Entschädigung für den Betrag der entzogenen Zinsen zu fordern, eine Entschädigung, die ja wiederum nur in der Entrichtung dieser vom Gesetz verbotenen Zinsen hätte bestehen können. Wenn aber hier, im reinen Privatrecht, an welches hierbei nur als argumentum a fortiori erinnert wurde, die jedem Vertrage von Haus aus anklebende Kaduzität vor dem späteren Prohibitivgesetz bisher noch Schwierigkeiten machen konnte, die erst vor einer vollständig entwickelten Theorie verschwinden können, so konnten im öffentlichen Rechte solche Schwierigkeiten doch auch nicht einmal mit dem leisesten Anschein erhoben werden.

Endlich gar noch der Steuer gegenüber mußte jedermann wissen, daß kein das Recht der Staatssouveränität, Leistungen für das öffentliche Wesen zu begehren, in perpetuum ausschließendes Recht auch nur denkbar sei.

und daß daher alle Steuerfreiheit nur die Natur eines zeitweiligen Vorteiles haben könne. Es war am Käufer, die Größe desselben und sein mögliches Ende bei dem Ankaufe zu veranschlagen, ohne daß die etwaige Unterlassung hiervon für den Staat eine Verpflichtung schaffen kann. — Wenn somit der angebliche von der Zugrundelegung des steuerfreien Reinertrages bei dem Kaufe hergeleitete Grund nach allen Seiten hin von einer so durch und durch unjuristischen und völlig sinnlosen Natur ist, wie selten ein Grund, der jemals in einer ernsten Frage angerufen wurde, so nimmt derselbe durch eine andere Betrachtung noch dazu die Gestalt der monstruosesten Absurdität an. Vermöchte jener Grund nämlich irgend etwas zu beweisen, so bewiese er in seiner Konsequenz nichts Geringeres als ein erworbenes Recht auf die quantitative Unveränderlichkeit aller Steuer. Alle Grundstücke werden mit Zugrundelegung ihres Reinertrages und somit stets mit Berücksichtigung ihrer zeitigen Grundsteuerlast gekauft. Wird also die Grundsteuer vom Staate erhöht, ohne daß — was bisher noch nie und nirgends bei solchem Anlaß geschah und auch bei den gegenwärtigen Steuerverhältnissen nicht einmal möglich ist — die Steuer auf das mobile Kapital, und zwar auf alle Arten, in denen mobiles Kapital angelegt sein und existieren kann, genau in demselben Verhältnis erhöht wird, so kann es sich unter Umständen sehr wohl fügen, daß hierdurch eine Verminderung des Reinertrages der angekauften Güter im Vergleich zu dem Ertrag eintritt, welchen der auf sie angelegte Kapitalkaufpreis weiter abgeworfen haben würde. Der Staat wäre daher auch nicht zur Erhöhung der Grundsteuer berechtigt über die Quote hinaus, bei deren zeitigem Bestehen gekauft worden ist. Noch mehr! Der Reinertrag der Grund-

stücke oder die Grundrente beruht auf dem Preis des Getreides, und dieser hat zu seinem Regulator das Maximum des Kostenpreises, zu welchem sich eine Nation das ihr nötige Getreide auf eigenen Äckern erzeugen oder von fremden Ländern beschaffen muß. Durch eine Heruntersetzung oder Aufhebung der in einem Staate bestehenden Getreideeinfuhrzölle wird daher stets und unvermeidlich der Reinertrag der Grundstücke vermindert. Der Staat hätte daher wegen der zur Zeit dieser Einfuhrzölle und mit Zugrundelegung des unter ihnen bestehenden Reinertrages geschehenen Ankäufe von Grundstücken keinerlei Recht, auch nur die Einfuhrzölle auf Getreide aufzuheben oder zu vermindern; oder aber er müßte die Grundbesitzer für diese Aufhebung der Zölle durch Auszahlung eines Kapitales entschädigen, dessen Zinsen ganz oder annähernd das Äquivalent des durch den jetzt verminderten Getreidepreis fortgefallenen Grundrentenbetrages darzustellen hätten. — In der Tat haben sich die englischen Tories aus jenem Interesse lange genug der Aufhebung der Getreidezölle in England widersetzt. Aber sie haben das in Form der Behauptung getan, daß durch diese Zollaufhebung die Ackerbauinteressen des gesamten Landes litten. Und als durch das öffentliche Bewußtsein die Zollaufhebung einmal unwiderruflich beschlossen war, so haben sie nicht die Schamlosigkeit gehabt, eine Kapitalentschädigung von der Nation zur Deckung ihrer Revenuenausfälle zu verlangen und sich aus ihren jetzt unspekulativ gewordenen Güterankäufen ein Ersatzrecht gegen den öffentlichen Geist zu drehen. Nicht genug hiermit. Da, wie gesagt, die Grundrente sich durch den Kostenpreis des Getreides auf dem unergiebigsten Acker regelt, den eine Nation zur Gewinnung des erforderlichen Vorrates noch bebauen muß,

so würde der Staat, falls er zu der Überzeugung käme, daß die Äcker schlechtester Klasse unrechtmäßig oder zu hoch besteuert sind, nicht einmal die Befugnis haben, dies eingesehene Unrecht zu ändern und die Steuer auf diesen Äckern zu ermäßigen oder aufzuheben, oder er müßte dieses Recht erst den Grundbesitzern der anderen Ackerklassen durch eine Kapitalsumme abkaufen, da ja durch eine Ermäßigung oder Abschaffung jener Steuer auf den schlechtesten Äckern gleichfalls der bei den bisherigen Ankäufen von Äckern besserer Klasse gekaufte Reinertrag sich schmälern würde.

Der letzte und wahre Sinn jenes Entschädigungsanspruches ist, wie wir somit von allen Seiten sehen, gar kein anderer als der, daß es überhaupt kein öffentliches Recht gibt, sondern daß alles öffentliche Recht nur das Privateigentum einer besitzenden Klasse ist, von welcher jede Erlaubnis zur Fortentwickelung vom Staate losgekauft werden muß.

Wenn also dennoch Entschädigung für Aufhebung der Grundsteuerfreiheit von Rittergütern bewilligt wird, so tritt hier, da dies Vorrecht durch das prohibitive Rechtsbewußtsein der Zeit seiner Substanz nach vernichtet und somit nichts von ihm übriggeblieben ist, was entschädigt, umgewandelt oder abgelöst werden könnte, auf das stärkste ein, was schon oben (S. 341 fg.) nachgewiesen wurde. Eine solche Entschädigung ist, da nichts Abzulösendes mehr existiert, keine Ablösung, sondern sie stellt einen Tribut dar, welchen ein Volk einer herrschenden und gerade dadurch als herrschend anerkannten Klasse entrichtet, um von dieser ein — partielles — Recht auf die Fortentwickelung des öffentlichen Geistes zu erkaufen. Der Widerspruch ist hier der ungeheuere und kategorische, weil zu gleicher Zeit die prohibitive Aufhebung

des Standesvorrechtes durch das gesetzgeberische Bewußtsein selbst und zu gleicher Zeit wieder, diesen ersten Satz vernichtend, in jenem Tribut vielmehr das Herrschaftsrecht der bevorrechteten Klasse proklamiert und seine Anerkennung dem Volke zugemutet wird! Es wird sogar dadurch das Vorrecht aus einem zeitigen nun erst in ein definites und perpetuelles verwandelt, da natürlich das für die Ablösung der Steuerfreiheit gewährte Kapital in seinen perpetuellen Zinsen für immer das Äquivalent der Steuerfreiheit sichert, die bis dahin nur zeitig bestand. Ein solcher Vorschlag stellt daher eine kategorische Empörung gegen die Logik selber dar, und muß deshalb wieder eine Empörung jedes unbefangenen Rechtssinnes zur Folge haben.

Wenn eine Staatsregierung — wie dies während der Niederschreibung dieser Zeilen[1]) von der preußischen Staatsregierung angekündigt worden ist — die unbegreifliche Schwäche hat, einen solchen Vorschlag zu machen, so verzichtet sie dabei grundsätzlich auf das Souveränitätsrecht des Staates, und wenn eine Kammer pflichtvergessen genug sein könnte, aus Rücksicht auf diese Schwäche auf einen solchen Vorschlag einzugehen[2]).

---

[1]) Winter 1859.

[2]) Das oben Entwickelte ist eine bloße Folge der rein allgemeinen, in dieser Materie herrschenden Grundsätze. Noch viel widerrechtlicher und schlimmer aber verhält sich ein solcher Vorschlag in Preußen, weil hier schon durch das Gesetz vom 27. Oktober 1810 über die Abgabeneinrichtung und die Finanzen des Staates die unentgeltliche Aufhebung der adeligen Grundsteuerfreiheit gesetzlich verfügt worden ist. Es heißt in diesem Gesetze: „Auf dem kürzesten Wege wird daher auch ein neues Kataster angelegt werden, um die Grundsteuer danach zu bestimmen. Unsere Absicht ist hierbei keineswegs auf eine Vermehrung der bisher aufgekommenen

so würde sie wenigstens weit logischer handeln, gleich geradezu die Hörigkeit des Volkes von den

---

gerichtet; nur auf eine gleiche und verhältnismäßige Verteilung auf alle Grundsteuerpflichtigen. Jedoch sollen alle Exemtionen wegfallen, die weder mit der natürlichen Gerechtigkeit (!!), noch mit dem Geist der Verwaltung in anderen Staaten (sic!) länger vereinbar sind. Die bis jetzt von der Grundsteuer befreit gebliebenen Grundstücke sollen also ohne Ausnahme damit belegt werden, und wir wollen, daß es auch in Absicht auf unsere eigenen Domanialbesitzungen geschieht. Wir hoffen, daß diejenigen, auf welche diese Maßregel Anwendung findet, sich damit beruhigen werden, daß künftig der Vorwurf sie nicht weiter treffen kann, daß sie sich auf Kosten ihrer Mituntertanen öffentlichen Lasten entziehen, sowie mit den Betrachtungen: daß die von ihnen künftig zu entrichtenden Grundsteuern dem Aufwande nicht gleichkommen, den sie haben würden, wenn man die ursprünglich auf ihren Gütern haftenden Ritterdienstverpflichtungen von ihnen forderte, für welche die bisherigen ganz unverhältnismäßigen Abgaben gegeen die Grundsteuer wegfallen."

So sprach das Gesetz schon 1810! Dieses Gesetz wurde nie aufgehoben, und nur seine Ausführung wußte der Adel zu verhindern. Schon 1810 bestand die Grundsteuerfreiheit, wie das Gesetz ausdrücklich anerkennt, „gegen die natürliche Gerechtigkeit." Seitdem besteht sie auch, nun fünfzig Jahre hindurch, gegen das Gesetz, das sie ausdrücklich unentgeltlich aufhob und dessen Grundsätze überall mit den oben entwickelten übereinstimmen. Wenn es nicht überraschen kann, daß die von Friedrich Wilhelm III. ausgesprochene utopische Hoffnung, daß sich die Betroffenen durch den Hinweis auf ihr rechtliches Gewissen beruhigen würden, an dem für Recht und Gewissen tauben, ewiger Ausbeutungswut dahingegebenen Geiste der Aristokratie zu schanden werden mußte, so muß es dagegen wahrhaft und aufs höchste überraschen, wenn eine Regierung, welche die konstitutionelle Fahne tragen will, die Widerrechtlichkeit auf sich nimmt, für ein gegen die „natür-

adeligen Grundbesitzern neu zu proklamieren[1])!

Wir wenden uns von dieser Entwickelung des begrifflichen Unterschiedes, wo die bloße Aufhebung und wo die Umwandlung oder Ablösung bestehender Rechte durch prohibitive Gesetze geboten sei, zu unserer Hauptuntersuchung selbst zurück.

Wir haben bisher nachgewiesen, daß und weshalb prohibitive Gesetze, welche ein früheres Recht als unerlaubt aus der Rechtssphäre ausschließen, ohne jede Rückwirkung und ohne jede Beeinträchtigung der rechtlichen Willensfreiheit und des Grundsatzes von der Festigkeit erworbener Rechte, auch auf die bestehenden Verträge eingreifen und dem jetzt als unerlaubt gesetzten Rechtsinhalt sofort jede Fortexistenz entziehen müssen.

Nunmehr müssen wir jedoch auch noch die begriffliche Schranke entwickeln, innerhalb welcher allein

---

liche Gerechtigkeit" und seit fünfzig Jahren auch gegen das Gesetz gehendes abgeschafftes Vorrecht jetzt eine Entschädigung zu beantragen und so allem Volke deutlich zu beweisen wagt, wie wir mit allem Verfassungsgerede noch lange nicht einmal auf der Höhe des freisinnigen Absolutismus wieder angelangt sind.

[1]) Man kennt übrigens das Schicksal, das dieser in der Session 1859/1860 von dem Ministerium vorgelegte Entschädigungsgesetzentwurf seitdem gehabt hat. Von der Zweiten Kammer angenommen, wurde er es selbstredend auch, natürlich mit der Miene einer heroischen Opferwilligkeit (!), vom Herrenhause, darauf aber vom Ministerium deshalb zurückgezogen, weil diese Vorlage konnex mit einer anderen über die Grundsteuerausgleichung der verschiedenen Provinzen gewesen war, die der Grundaristokratie nicht „Opfer" dieser Art auferlegt hatte und deshalb vom Herrenhause verworfen worden war.

das Gesagte Gültigkeit hat. Es wird also jetzt zu zeigen sein, wann prohibitive Gesetze die angegebene Wirkung haben müssen, und wann sie sie nicht haben dürfen, ohne sich mit Rückwirkung zu beflecken.

Der Nachweis dieses Unterschiedes wird aber das bisher Entwickelte in keiner Weise umstoßen, da er nur die ausdrückliche Heraushebung dessen sein wird, was bisher stillschweigend vorausgesetzt wurde.

Er wird vielmehr einerseits auch das Bisherige durch die Entwickelung der einzigen Schranke, welche für die sofortige Einwirkung zwingender Gesetze auf bestehende Rechtsverhältnisse existiert, durch noch tiefere Begründung erst völlig sicher stellen und unanfechtbar machen, andererseits jeden Mißbrauch des entwickelten Gesetzes verhüten und die Wahrheit unserer Theorie gerade durch die Hindurchführung durch ihren begrifflichen Unterschied erst zur letzten Evidenz bringen.

Nachdem wir also bisher nur im allgemeinen gesehen, daß prohibitive Gesetze sofort einwirken müssen, handelt es sich jetzt darum, das genaue begriffliche Gesetz zu entwickeln, wann und wann nicht Prohibitivgesetze diese Wirkung haben dürfen.

Savigny verwirft bekanntlich durchaus die Einwirkung der Prohibitivgesetze auf frühere Verträge[1]).

Und merkwürdigerweise ist es gerade der von Savigny seiner Theorie zugrunde gelegte Gedanke, welcher, wenn er in seiner wahren Bedeutung erfaßt wird, Grenze

---

[1]) Z. B. VIII, 436: „— — so daß die nicht selten aufgestellte Behauptung verworfen werden muß, nach welcher neue Prohibitivgesetze die Natur der früher geschlossenen Verträge sollen umändern können" usw.

und Grund angibt, in welchen Fällen prohibitive Gesetze sofort eingreifen dürfen und in welchen nicht!

Savigny selbst ist diese wahre Natur und Bedeutung des ihn treibenden Gedankens verhüllt geblieben. Und sie *mußte* ihm verhüllt bleiben, weil Savigny in diesem Gedanken, welcher gerade nur die aus dem Begriffe sich ergebende Folgerung für die *spezielle Frage* der Einwirkung von *Prohibitivgesetzen* in sich enthält, mißverständlichweise das Hauptgesetz für die *gesamte Rückwirkungsmaterie*, d. h. für die gesamte Frage der zeitlichen Kollision der Gesetze erblicken wollte.

Aus dieser falschen Stellung gingen dann notwendigerweise sowohl die praktisch-falschen Folgerungen hervor, die Savigny aus jenem Gedanken zog, als auch die nichtbegriffliche und schiefe Auffassung und die weder erschöpfende und kategorische noch richtige Entwickelung, zu welcher bei Savigny in seiner Formel vom *Erwerb* und vom *Dasein* der Rechte sich dieser in ihm arbeitende Gedanke verkümmert hat.

Dennoch wird es für jeden Denkenden klar sein, daß das Nachfolgende nur den *in seinen eigenen Begriff erhobenen*, nur den *zu seiner eigenen Wahrheit gebrachten* in Savigny tätigen Gedanken darstellt.

Das Gesetz, welches wir hier zu entwickeln haben und von dem wir später zeigen werden, wie es mit *immanenter Notwendigkeit* aus dem von uns aufgestellten Begriffe der Nichtrückwirkung herfließt, ist folgendes.

Alle prohibitiven oder zwingenden Gesetze, so vielfach verschiedenen Inhaltes sie auch sein mögen, können immer nur von *zweierlei* Art sein.

Sie können entweder bestimmen, daß ein bisher bestehendes bestimmtes *Recht* (Rechtsinhalt) überhaupt

nicht mehr Eigentum[1]) des Individuums sein und durch keinerlei Willenshandlung dazu gemacht werden könne[2]).

[1]) Es erhellt von selbst, daß wir dies Wort hier nicht in dem engen Sinne des dinglichen Eigentums nehmen, sondern in jenem allgemeineren, in welchem alles Eigentum des Individuums genannt werden muß, was der ausschließenden Herrschaft eines individuellen Willens unterworfen werden kann; also in dem Sinne, in welchem das Allgemeine Landrecht das Eigentum definiert, T. I, Tit. 8, § 1: „Eigentümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache oder eines Rechtes mit Ausschließung anderer aus eigener Macht durch sich selbst oder einen Dritten zu verfügen." — Wir würden den Ausdruck „Vermögensrechte" anwenden, welcher gleichfalls ebenso dingliche wie obligatorische Rechte in sich schließt, wenn nicht Vermögensrechte bloß Ansprüche materieller Natur bezeichneten, während, wie z. B. im Familienrecht, Eherecht usw., auch Rechte ideeller Natur, die der väterlichen, eheherrlichen, hausherrlichen und der Personengewalt überhaupt entfließen, der ausschließenden Herrschaft des individuellen Willens unterworfen sein könnten.

[2]) Es ist also hier von Gesetzen die Rede, welche einen Rechtsinhalt, um an eine römische Einteilung zu erinnern, *extra nostrum patrimonium* erklären. Denn es ist klar, daß die obige Unterscheidung auf demselben Gedanken beruht, welcher der römischen Einteilung der Sachen in res quae in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur (Gajus, II, 1—11. Inst. de rerum divis., II, 1. D. de divis. rer. et qual., I, 8) zugrunde liegt, nur daß diese von den Römern nur auf körperliche Sachen angewendete Einteilung, analog der schon im Landrecht (s. die vorige Note) vorliegenden Erweiterung des Eigentumsbegriffes, hier auch auf die persönlichen Rechte ausgedehnt worden ist. Die Einteilung der Sachen in res quae in patrim. vel extra nostr. patr. habentur ist übrigens wieder identisch mit der Einteilung in res quae in commercio und quae extra commercium sunt, worüber am Ende dieses Paragraphen.

Oder aber sie können das bestimmte Recht als ein solches, das Eigentum des Individuums sein und dazu gemacht werden kann, fortbestehen lassen und nur die Frage betreffen, in welcher Form und unter welchen Bedingungen die Verbindung des Individuums mit dem Inhalte dieses Rechtes erfolgen muß, um rechtmäßig und gültig zu sein.

Prohibitivgesetze der ersten Art, welche also verneinen[1]), daß ein Rechtsinhalt überhaupt noch vom Individuum zu seinem Eigentum gemacht, seinem Privatwillen unterworfen werden könne (also Gesetze, welche einen Rechtsinhalt extra nostrum patrimonium erklären, s. Note 2, p. 382), müssen sofort auf alle bestehenden Verträge und um so mehr auf alle anderen Rechtsverhältnisse einwirken.

Prohibitivgesetze der zweiten Art, welche ohne die Fähigkeit eines Rechtes, zum individuellen Eigentum gemacht zu werden, aufzuheben, bloß jene Rechtsregeln betreffen, welche bestimmen, in welcher Form von Willenshandlungen und unter welchen Bedingungen derselben die Verbindung des Individuums mit jenem Recht erfolgen muß, um es zu seinem Eigentum zu machen, dürfen niemals auf bestehende, durch individuelle Willensaktion vermittelte Rechtsverhältnisse einwirken[2]).

---

[1]) Auf die Ausdrucksform des Gesetzes kommt es natürlich nicht an. Es kann ebenso gut ein zwingendes Gesetz in positiver Satzform sein, welches dann ebenso sehr verneinend ist, dadurch, daß es sein Gegenteil ausschließt. Es ist überflüssig, zu wiederholen, daß wir unter prohibitiven oder zwingenden Gesetzen alle absoluten Gesetze verstehen, welche alles Abweichen des Privatwillens ausschließen.

[2]) Es muß schon hier von selbst erhellen, inwieweit dem Obigen die Savignysche Formel von Gesetzen über den Erwerb und von Gesetzen über das Dasein der Rechte ent-

Um den Schein zu beseitigen, daß dieser kategorische Unterschied kein den Reichtum der Materie erschöpfender

---

spricht. In der Tat ist dieselbe dann ganz richtig, wenn man erstens ihre Gültigkeit lediglich auf die prohibitiven (absoluten) Gesetze beschränkt, und zweitens sie in ihren oben entwickelten Begriff auflöst, wodurch dann erkannt wird, daß auch Wuchergesetze, Aufhebung der lex commissoria etc. etc. (siehe später) zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte gehören, und endlich drittens genau festhält, daß auch prohibitive Gesetze immer nur vom Moment ihres Erscheinens an wirken, also der Fortwirkung eines früher vorhandenen Rechtszustandes von jetzt ab ein Ziel setzen, niemals aber früher vollbrachten individuellen Handlungen nachträglich eine Wirkung in der Vergangenheit beilegen können, die sie nach dem damaligen Gesetze nicht hatten, oder sie der Wirkung, die sie damals hatten, schon für die Vergangenheit berauben können — drei Punkte, deren Verkennung in der Savignyschen Theorie innerlich auf das genaueste zusammenhängt. Daß aber, wenn die Savignysche Formel in ihren oben entwickelten Begriff aufgehoben wird, damit etwas ganz anderes aus ihr geworden, bedarf keiner weiteren Klarlegung und zeigt sich eben am sinnlichsten schon darin, daß Gesetze, welche nach der Savignyschen Formel zu den Gesetzen über den Erwerb der Rechte gehören, z. B. Wuchergesetze usw., nach der obigen Begriffsbestimmung, weil sie einen Rechtsinhalt außerhalb des Eigentums (extra patrimonium) erklären, vielmehr zu Gesetzen über das Dasein der Rechte werden. — Die Savignysche Formel von den Gesetzen über den Erwerb und über das Dasein der Rechte hat aber auch als bloße Verstandesabstraktion das ewige Schicksal einer solchen, daß ihre Unterschiede verschwindende und haltlos ineinander übergehende sind, und also nicht einmal eine feste Grenze gegeneinander haben. Man hat dies merkwürdigerweise bei dieser Savignyschen Einteilung stets übersehen. Aber bei den Anwendungen (1. über Personenzustand, 2. jura in re) wird nachgewiesen werden, worauf hier Bezug zu nehmen genügt, daß dieselben Gesetze sich notwendig, je nachdem man sich auf den Standpunkt des In-

sei oder zu Widersprüchen mit dem früher Gesagten führe, muß zuvörderst gleich hier ausdrücklich hervorgehoben werden, daß bei den Obligationen, weil diese ihre bestimmte juristische Natur nicht bloß durch die Handlung empfangen, auf welche sie ein Recht gewähren, sondern ebensosehr durch ihren Erwerbungsgrund, Gesetze, welche aufheben, daß aus diesem bestimmten Erwerbungsgrund eine Obligation überhaupt oder eine Obligation von bestimmter Beschaffenheit hervorgehen könne, zu jenen Prohibitivgesetzen erster Klasse gehören, welche negieren, daß ein qualitativ bestimmtes Recht überhaupt noch ferner existieren, unter die Herrschaft des individuellen Willens gebracht werden könne.

Denn die obligatorische Forderung hat erst an ihrem Erwerbungsgrund (Kauf, Darlehn, Entschädigung usw.) ihre individuelle Natur und juristische Qualifikation, welche dem Rechte seine Bestimmtheit verleiht, es zu dem macht, was es ist. — Anders bei den dinglichen Rechten. Diese qualifizieren sich lediglich durch die Bestimmtheit des Rechtsinhaltes, auf welchen sie Anspruch gewähren, und des Rechtsobjektes, das sie demselben unterwerfen. Hier sinkt daher der Erwerbungsgrund, ob z. B. Eigentum durch Usukapion, Erbschaft, Kauf usw. erworben worden sei, zum

dividuums oder auf den des Gesetzes stellt, das einemal als Gesetze über den Erwerb, das anderemal als Gesetze über das Dasein der Rechte darstellen, diese Formel also überhaupt nicht einmal zu einer Einteilung zu dienen vermag. — Gleichwohl ist es nur das Walten des oben entwickelten Begriffes, das der Savignyschen Formel in ahnender Verkümmerung zugrunde liegt. Der Unterschied zwischen beiden ist nur derjenige, der immer stattfindet, wenn ein geistiger Inhalt, statt in die Form des Begriffes erhoben zu werden, sich nur als abstrakte Verstandesvorstellung erfaßt.

gleichgültigen Mittel, zur bloßen Form der erwerbenden Handlung zusammen.

Prohibitivgesetze über den Erwerbungsgrund gehören daher bei den Obligationen zu den Gesetzen erster, bei den dinglichen Rechten zu denen zweiter Art.

Nur dann wird der Rechtsgrund, aus welchem ein dingliches Recht hervorfließt, von Einfluß, wenn er auch wieder in dem Inhalte des Rechtes als eine nähere Bestimmtheit desselben hervortritt. Dingliche Rechte waren z. B. im deutschen Recht aus herrenschaftlichen Rechten (Oberhoheit, Erbuntertänigkeit usw.) hervorgegangen. Dies scheint zunächst nur ein Erwerbungsgrund, und somit von der gleichgültigen Natur zu sein, welche bei dinglichen Rechten dem Erwerbungsgrund als solchem zukommt. Allein dieser Rechts- oder Erwerbungsgrund trat hier auch als eine nähere Qualifikation des konstituierten dinglichen Rechtes selbst an demselben hervor. Es war feudales[1]) Obereigentum an dem Eigentum (dominium utile) eines anderen. Oder es war Oberhoheit an seinem vollen Eigentum. Dies qualitativ-bestimmte Recht sollte nicht mehr sein, war prohibiert, und somit waren auch solche Geldabgaben prohibiert, die an sich und aus anderem Rechtsgrunde noch sehr wohl ferner stipuliert werden konnten. Aber nicht in der äußerlichen Abgabe, in die sich die Befriedigung eines Rechtes auflöst — fast alle Rechte lösen sich zuletzt freilich in Geld auf —, sondern in der angegebenen genauen Qualifikation dieses Rechts-

[1]) Wenn es nämlich aus feudalem Grunde usw., nicht aus der Verleihung des Grundstückes unter Vorbehalt des dominium directum hervorgegangen war.

inhaltes lag die *juristische Natur* desselben. *Hier* war also der Erwerbungsgrund deshalb von Influenz, weil er sich an dem *Rechtsinhalt* selbst, durch welchen sich die dinglichen Rechte qualifizieren, als eine *nähere und jetzt untersagte Bestimmtheit* derselben herausstellte. Grundstücke dagegen, zu deren *Eigentümer* sich die Adeligen früher, wenn auch in feudalster und unrechtmäßigster Weise gemacht hatten, wurden ihnen durch die Französische Revolution natürlich *nicht* entzogen und konnten es nicht werden, weil hier der feudale Erwerbungsgrund nicht mehr als *nähere Bestimmtheit* an dem *konstituierten dinglichen Recht fortlebte*, sondern dies *schlechtweg Eigentum überhaupt* geworden war. — So wird hier dem, was wir oben über den Einfluß des Rechtsgrundes gesagt haben, auch in bezug auf *dingliche* Rechte nicht widersprochen, sondern dasselbe nur vervollständigt und tiefer begründet.

Zu welcher von jenen beiden Arten nun ein Prohibitivgesetz gehöre, wird bei nur einigermaßen genauer Erwägung seines bestimmten Inhaltes und Zweckes niemals zweifelhaft sein können.

Ehe wir aber nachweisen, mit welcher inneren *begrifflichen Notwendigkeit* der angegebene Unterschied aus unserer gesamten Theorie hervorfließt, sich aus ihr rechtfertigt und wieder wechselweise ihr Bestätigung verleiht, wollen wir denselben zuvor durch einige konkrete Beispiele zur Anschaulichkeit bringen.

Ein Gesetz also, welches den Übertrag von Eigentum ohne Tradition oder Schenkungen ohne Insinuation für ungültig erklärt, darf trotz seiner prohibitiven Natur auf früher geschlossene Kaufverträge und Schenkungen nicht einwirken. Denn es hebt nicht das Recht des Individuums auf, das Eigentum an solchen Objekten zu erwerben,

sondern betrifft nur die Frage, in welcher Form diese Verbindung zu geschehen hat. Dies gilt natürlich für alle Gesetze über die äußere Form und Gültigkeit von Handlungen.

Ebenso wenn durch ein neues Gesetz Frauen für unfähig erklärt werden, ohne Autorisation des Ehemannes, Söhne ohne väterliche oder vormundschaftliche Einwilligung, oder wenn Personen selbst überhaupt und unter allen Umständen für unfähig erklärt werden, bestimmte oder alle Arten von Obligationen gültig zu kontrahieren, so wirken diese prohibitiven Gesetze auf die bereits getätigten Obligationen nicht ein. Denn so lange das Individuum den Anspruch auf eine bestimmte Art von Leistungen anderer zu seinem rechtlichen Eigentum machen kann, so lange haben die Gesetze, welche die Bedingungen feststellen, unter welchen derselbe auf gewisse Personen, oder selbst die *Klassen* von Personen, auf die er überhaupt erlangt oder nicht erlangt werden kann, immer nur die Natur, über die bestimmten *Formen und Modalitäten* zu handeln, unter welchen der noch als möglich anerkannte Anspruch auf *diese bestimmte Art von Leistungen* gültig zum individuellen Eigentum gemacht werden kann. Sie handeln also immer nur über den *Erwerb*, nicht über das *Dasein* des Rechtes in unserem Sinne. Gesetze also, wie das Sc. Macedonianum oder Vellejanum, selbst wenn sie wahrhaft prohibitive Gesetze sind, was jedenfalls das letztere nicht ist, weil den Frauen erlaubt war, gleich im Bürgschaftsakt auf den Schutz dieses Senatuskonsults zu verzichten, kurz, alle Gesetze über die *persönliche Handlungsfähigkeit überhaupt* können niemals auf frühere Verträge einwirken. Ebenso wenn ein Gesetz Erbschaft überhaupt oder Vererbung einer bestimmten Art von Objekten aufhebt, so

wirkt dasselbe selbstredend auf die früher bereits erlangten Erbschaften nicht ein. In der Tat ist Erbschaft nur ein bestimmter Erwerbungsgrund, ein Eigentum zu erlangen: durch Fortsetzung der Personenidentität nach dem Tode. Durch andere Handlungen, durch Kauf, Okkupation, Usukapion usw. kann noch Eigentum, und zwar Eigentum an diesen Objekten, erworben werden.

Wenn aber ein Gesetz Eigentum überhaupt oder Eigentum an bestimmten Objekten aufhebt, so ist nun die ganz selbstredende Folge, in der niemand eine Rückwirkung finden kann, daß alle diese auch durch frühere Erbschaften erworbenen Objekte, ebensogut wie die durch Kauf oder irgendwie erworbenen, von jetzt ab aus dem Eigentum der Individuen herausfallen. Es ist diesen Rechtsobjekten eben die Möglichkeit abgesprochen, eigentümlich besessen zu werden.

Alle die früher von uns analysierten Gesetze über Fideikommisse, Feudallasten, unablösliche Renten usw. gehören nun zu diesen Gesetzen, welche dies aufheben: daß ein bestimmtes Recht überhaupt in der Eigentumssphäre des Individuums sein könne — und haben deshalb notwendig die sofortige Abrogation der weiteren Wirkung solcher auch durch frühere Verträge gesetzten Rechte zur Folge. Ein Gesetz, welches fideikommissarische Substitutionen verbietet, löst sich auf in ein Gesetz, welches aufhebt, daß die Befugnis, durch graduierte Vererbung[1]) spätere Generationen an der freien Disposition von Todes wegen wie unter Lebenden, oder spätere Gesetze in ihrer freien Verfügung über Intestaterbfolge, zu beschränken, mit in das Eigentums-

[1]) Resp. durch Übertragung des Eigentums auf noch ungeborene Generationen, s. über die Familienfideikommisse des deutschen Rechtes sub III, Anwendungen, II B.

recht des testierenden Sacheigentümers hineinfalle. Es leugnet, daß ein Recht auf solche Bestimmung irgend rechtliches Eigentum eines Individuums sein könne. Es erklärt also ein früher eigentümlich besessenes Recht außerhalb des Eigentumes, extra nostrum patrimonium, i. e. außerhalb der Herrschaftssphäre des individuellen Willens, und entzieht ihm so die Fähigkeit, überhaupt noch besessen zu werden.

Ein Gesetz, welches die aus feudalem Ursprung hervorgehenden Rechte prohibiert, negiert, wie wir sahen, daß ein Recht auf Oberherrlichkeit über andere Personen oder ihre Güter zum individuellen Eigentum gemacht werden könne.

Ein Gesetz, welches die Unablöslichkeit von Diensten, von Natural- oder Geldrenten untersagt, leugnet, auf seinen letzten Grund reduziert, daß jene Beschränkung der menschlichen Handlungsfreiheit, welche in der Verpflichtung eines Individuums zu perpetuellen Handlungen einer bestimmten Art — ohne das Recht desselben, diese Verpflichtung in einen Schadenersatz aufzulösen — vorliegt, zum rechtlichen Eigentume eines anderen Individuums werden könne.

Aus diesem Grunde, weil sie ein bisheriges Recht außerhalb des Privateigentumes erklären, ihm die Fähigkeit, Eigentum zu sein, überhaupt entziehen[1]), müssen diese Gesetze unterschiedslos auch auf

[1]) So paradox diese Behauptung auf den ersten Blick auch erscheinen mag, so besteht dennoch im allgemeinen der kulturhistorische Gang aller Rechtsgeschichte eben darin, immer mehr die Eigentumssphäre des Privatindividuums zu beschränken, immer mehr Objekte außerhalb des Privateigentums zu setzen. Und wenn eine wahrhafte Rechtshistorie vom kulturhistorischen Standpunkt aus geschrieben werden sollte, so müßte dies einer der hauptsächlich

die bestehenden Rechts- und Vertragsverhältnisse eingreifen.

---

leitenden Gedanken sein. Freilich ist dies noch nie versucht worden. In der Regel macht man sich auch die richtige Betrachtung ganz unmöglich, indem man sich durch die dialektische Natur der einzelnen Folgerungen täuschen läßt, statt auf den Grund zu gehen. So hält man z. B. Abschaffung der Fideikommisse immer für eine Vermehrung der Freiheit des Eigentums, für eine Aufhebung seiner Beschränkungen. Dies ist aber nur als faktische Folge der Fall und äußert sich so für das Bewußtsein derer, die sie wünschen. Der Sache nach ist es, wie oben gezeigt, vielmehr die Aufhebung der Eigentumsfreiheit des Eigentümers, diese und jene Bestimmung über sein Eigentum treffen zu können, vermindert also den Umfang des Eigentumsrechtes. Oder man faßt in der Regel die Periode und Herrschaft der freien Konkurrenz als eine solche, durch welche das Eigentum erst zu seiner vollen und wahren Freiheit und Entwicklung gekommen sei. Man qualifiziert sie so, und „unbeschränkte Freiheit des Eigentums" pflegt das Stichwort derer zu sein, welche diese Richtung führen. Diese Seite ist vermöge der allen Begriffsbestimmungen zukommenden Dialektik in den realen Folgen in der Tat auch vollständig da und nicht zu leugnen. In ihrem innersten Grunde genommen beruht aber die Einführung der freien Konkurrenz und die Aufhebung der Monopole und Zünfte vielmehr auf dem Gedanken, daß ein ausschließendes Recht auf Gewerbebetrieb und Absatz, d. h. ein Recht darauf, daß andere Personen an sich erlaubte Handlungen nicht vornehmen dürfen, unmöglich Privateigentum des Individuums sein könne. — Wie sehr auch der angegebene Gedanke der zunehmenden Aufhebung des Privateigentumsumfanges als eines wirklichen Gesetzes der kulturhistorischen Bewegung des Rechtes auf den ersten Anschein zum Widerspruch reizen und für paradox gehalten werden kann, so sehr bewährt er sich bei eingehender detaillierter Betrachtung, obwohl statt solcher hier nur einige sehr oberflächliche Blicke hingeworfen werden können.

Es ist natürlich, daß der Mensch am Anfang der Geschichte, wie das Kind noch heute, nach allem seine Hände ausstreckt,

Es ist bereits in dem Bisherigen enthalten und bedarf nur scharfer Hervorhebung, daß es notwendig ist,

---

alles als sein setzt und keine Grenze kennt für den Umfang seiner Privatwillkür. Erst spät und in immer vorschreitendem Maße lernt er dieselbe finden. Der Fetischdiener zerbricht noch seine Idole, wenn sie ihm den Willen nicht erfüllen, und behandelt so selbst seine Götter als sein Eigentum! Früh wurden die sacra der Privatwillkür entzogen, aber noch lange blieb der Mensch selbst Eigentumsgegenstand des anderen Menschen. Das Leben des im Kriege Überwundenen wird zum Eigentum des Siegers, und dies Eigentumsrecht erhält sich noch lange in unbedingter, dann in bedingter Weise beim Sklaven. Das Eheweib ist ein Eigentum, wird gekauft (vgl. noch die römische coemptio, conventio in manum etc.), die Kinder sind Eigentum des Vaters, der sie nach der Strenge des alten Rechtes töten kann, und der insolvente Schuldner wird mit Freiheit, Leib und Leben zum Eigentum des Gläubigers.

Das Recht der Eigentumsverfügung ist selbst der Familie gegenüber das unbeschränkte vollständiger Enterbung. Die mählich entstehenden Gesetze über Pflichtteile bei Vermächtnissen und Schenkungen sind ebenso viele Beschränkungen und Aufhebungen von Eigentumsrechten. Die Sklaverei mildert sich zur Leibeigenschaft, das Eigentumsrecht an dem Leben des Menschen vermindert sich zu einem Eigentum an seiner lebenslänglichen Arbeitskraft, zu einem Recht auf lebenslängliche und totale Ausnutzung desselben. Die Leibeigenschaft vermindert sich zur Hörigkeit in verschiedenen Abstufungen, d. h. das Eigentumsrecht an der *totalen* Arbeitskraft des anderen fällt fort und mindert sich zu einem Eigentumsrecht an einer *bestimmten Art* der Benutzbarkeit des Hörigen und an einem bestimmten *Teile* seiner Arbeitskraft und Zeit, woneben er jetzt also auch für sich erwerben kann. Das jus primae noctis ist schon die Aufhebung des beständigen Eigentumsrechtes an dem Leib der Sklavin und die Beschränkung desselben auf ihre Jungfrauenblüte. — Das Mittelalter ist eben die Periode, wo, *ohne* daß *Sklaverei* mehr vorhanden ist, der *menschliche Wille* nach *allen seinen drei Momenten* (Allge-

daß das prohibierende Recht, dasselbe aber in seiner *genauen Bestimmtheit* genommen, durch *keinerlei in-*

---

meinheit, Einzelheit, Besonderheit) als *Privateigentum* gesetzt werden kann. Denn es ist die Periode, wo erstens die *Allgemeinheit* des Willens oder der *öffentliche Wille* in den verschiedensten Abstufungen als *Privateigentum* vorhanden ist: in den an den Grundbesitz geknüpften Souveränetätsrechten und der Teilnahme an solchen, in den mannigfachen anderen öffentlichen und staatlichen Privilegien der verschiedenen Stände und Klassen; in den durch Erbschaft und Kauf eigentümlichen öffentlichen Ämtern; es ist die Periode, in welcher, da, wie sich ein französischer Rechtshistoriker richtig ausdrückt, „das feudale Eigentum die Anmaßung hatte, alles umfassen zu wollen, Luft und Wasser, öffentliche und religiöse Dinge," Fürsten sogar über die Erbfolge in die Regierung ihrer Länder beliebig testieren (vgl. z. B. die Testamente bei Sismondi ‚Histoire des Français, VII, 328 fg., und in den Preuves de l'Histoire de Lorraine par Dom Calmet, III, 277 fg.); es ist ferner die Periode, wo zweitens der *individuelle Wille* als Privateigentum da ist, in der *persönlichen Unfreiheit* in allen ihren Abstufungen der Leibeigenschaft und Hörigkeit, ja selbst bei persönlich Freien, z. B. die beliebige Freiheit der Verheiratung einer weiblichen Lehnsnachfolgerin, und selbst männlicher Nachfolger in dasselbe, in das Eigentum des Lehnsherrn gesetzt erscheint, und wo drittens endlich auch, und zwar bei den *Freien*, die *Besonderheit* seines *Willens* (welche Beschäftigung und Gewerbe er *nicht* ergreifen darf, wo er seinen Absatz suchen, wo seinen Bedarf einkaufen muß) in der *Monopol- und Zunftordnung*, den *Bann- und Zwangsgerechtigkeiten* usw. als Privateigentum anderer gesetzt wird. *Dies*, daß der *menschliche Wille* hier nach allen seinen drei Momenten hin als Privateigentum gesetzt werden kann, ist es, was in *rechtsphilosophischer* Hinsicht das Mittelalter *charakterisiert*.

Da der Wille nach allen seinen drei Momenten als Eigentum erscheint, kann somit unter diesem System *alles Mögliche* zum *Eigentum* erhoben werden, und die *Unfreiheit* ist die

dividuelle Willenshandlung fernerhin zu erlangen sein darf, wenn das prohibitive Gesetz auch auf die schon

---

totale. Und gerade wieder weil hier alles mögliche, ja der Wille selbst, zum Eigentum werden kann und eine Schranke hierfür gar nicht existiert, entspringt hieraus gerade und ist nur von hier aus zu begreifen die dem Mittelalter eigentümliche Geteiltheit des Eigentumsrechtes. Wenn nämlich bei der spröden Exklusivität der freien römischen Individualität kein solches, auch an sich zulässiges Recht auf eine Sache, Eigentumsrecht sein kann, welches erst durch den individuellen Willen eines anderen Individuums, des Sacheigentümers selbst, hindurchgehen und ihn sich unterwerfen müßte, solche Rechte sich vielmehr in Rom sofort nur als persönliche Forderungen darstellen, kann hier, im germanischen Mittelalter, weil hier eben der freie menschliche Wille selbst als Eigentum gesetzt werden kann, nun auch ganz unbefangen jedes solche Recht zu einem dinglichen Eigentum werden, welches zu seiner Operation erst durch den Willen eines anderen Eigentümers hindurchgehen und diesen sich unterwerfen muß. Die langen und trostlosen Versuche der Germanisten, den germanischen Eigentumsbegriff mit dem römischen zu versöhnen, ihre kläglichen und gequälten Anstrengungen, den ersteren auch nur irgend zu begreifen, ihre Eingeständnisse, daß ihnen derselbe eine „contradictio in adjecto" sei, da sie immer und stets unbewußt von dem römischen Begriff des unteilbaren Eigentumsrechtes und dem Begriff der römischen individuellen Willensfreiheit ausgingen, zerfallen von hier aus in ihr Nichts und lassen nun deutlich ihre Ungründlichkeit und die Notwendigkeit ihres Mißlingens hervortreten. Keinem ist es eingefallen, daß, was doch so nahe lag, wenn der Eigentumsbegriff eines Volkes bestimmt werden soll, zuvor auf den Willensbegriff dieses Volkes zurückgegangen und dieser untersucht werden muß. Keinem ist eingefallen, daß der Willensbegriff selbst bei den verschiedenen Völkern ein verschiedener ist und zwar die ganze Verschiedenheit ihres historischen Geistes in sich enthält. Denn sonst hätte ihnen freilich wohl auch einfallen müssen, an jenen urgermanischen Zug zu denken, den uns schon

bestehenden, durch individuelle Handlungen begründeten Rechtsverhältnisse einwirken dürfen soll. Der Grund ist

---

Tacitus berichtet, daß Freie sich selbst zu Sklaven veräußern können (German., c. 24), während kein Römer sich durch Vertrag zum Sklaven eines anderen veräußern konnte. „Conventio privata neque servum quemquam, neque libertum alicujus facere potest," L. 37 de lib. caus. (40, 12). Nichts ist bezeichnender und lehrreicher als die Weise, in welcher der überraschte Römer seine Verwunderung darüber ausdrückt, daß der Germane, der sich im Spiel veräußert hat. wenn er auch jünger, wenn er auch stärker ist, dennoch leidet, daß er gebunden und als Sklave behandelt wird: „quamvis juvenior, quamvis robustior, adligari se ac venire patitur; *ea* est in *re prava pervicacia — ipsi fidem* vocant" — „so groß ist ihre hartnäckige Ausdauer in einer schlechten Sache — sie selbst aber nennen es fides, Treue gegen die eingegangene Verpflichtung" — fügt er hinzu, Worte, die durch den sich in ihnen aussprechenden Gegensatz den tiefsten Einblick in die Psychologie des germanischen Geistes und daher in seine Rechtsentwicklung und politische Geschichte zugleich gewähren. Denn wenn der germanische Willensbegriff der ist, daß die individuelle Willkür die Befugnis hat, durch ihr Schalten und Verpflichten über die eigene totale Willensfreiheit zu verfügen und sie zum Eigentum eines anderen zu machen, so ist es klar, daß sie ebenso gut einen partiellen Umfang derselben, eine bestimmte Willensaktion, zu der sie sich — überhaupt oder in bezug auf ein bestimmtes Objekt — verpflichtet, zum rechtlichen Eigentum eines anderen individuellen Willens machen kann. Nicht nur also die Benutzung eines Grundstückes, das einem fremden Eigentümer gehört und dessen Benutzung sich also doch immer nur durch den zulassenden Willen des Eigentümers vermittelt, im System des römischen Rechtes sich also als persönliche Forderung charakterisiert, sondern sogar die bestimmte Benutzungsart, in der er selbst es auszubeuten hat, kann (durch eine auf Hafer, auf Klee usw. lautende ewige Rente) zu meinem perpetuierlichen dinglichen Eigentum werden. Ober- und Untereigentum, Nutzungs- und Sacheigen-

sehr einfach. Ist *dasselbe Recht* auch fernerhin noch durch irgendeine *andere Willenshandlung* zu er-

---

tum fallen daher in den mannigfaltigsten Formen auseinander und erzeugen die allen landwirtschaftlichen und industriellen Fortschritt hemmende Division des Eigentumsrechtes.

Die Französische Revolution ist, was schon durch die früher gegebene Analyse einiger besonders wichtigen aus ihr hervorgegangenen Gesetze klar sein muß, nur die *Aufhebung* jenes Privateigentums an den drei Momenten des menschlichen Willens, wie jeder große Kulturfortschritt stets in einer Verminderung des Eigentumsumfanges besteht. — Es braucht wohl nicht erst näher hervorgehoben zu werden, daß der Begriff Eigentum hier in seinem wahren Sinne genommen ist, als *ausschließendes* Privateigentum des *besonderen* Individuums. *Was dem einzelnen als solchem, also jedem einzelnen* ohne Unterschied gehört, ist nicht mehr *Eigentum*, wie dies schon die Römer wußten, und zeigt sich hier nur wieder die Identität des begrifflichen Momentes der *Einzelheit und des Allgemeinen*.

Es liegt nicht von dieser Erörterung ab, zu bemerken, daß wenn man die gegenwärtige Periode als diejenige des *Individualismus* zu bezeichnen und diese Bezeichnung als den Charakter des *Liberalismus* zu denken pflegt, dies zwar im Sprachgebrauch eine solche Geltung erhalten hat, daß dagegen nicht aufzukommen sein wird, daß es aber dennoch durchaus *unrichtig* ist. *Wahrer Individualismus* würde sich vielmehr sehr revolutionär nicht nur gegen die noch bestehenden Einrichtungen, sondern auch gegen die Tendenzen unseres sogenannten *Liberalismus* verhalten (man denke nur z. B. an Fichte). Das, wogegen die tiefer gehenden Strömungen unserer Zeit gerichtet sind und woran sie sich noch abquälen, ist nicht das Moment des *Individuellen* — dieses würde vielmehr mit eben solcher Konsequenz auf ihrer Seite stehen wie das des *Allgemeinen* —, sondern es ist der noch aus dem Mittelalter mit herübergebrachte und uns immer noch im Fleische haftende Knorren der *Besonderheit*. Denn zum Knorren wird dies Moment da, wo es außerhalb des Umkreises der auch ihm zukommenden begrifflichen Berechtigung — also außer-

werben, so richtet sich die Prohibition des Gesetzes gar nicht gegen das *Recht selbst*, das ja noch fortwährend

---

halb der Sphäre alles dessen, was mit Recht dem reinen Belieben und der bloßen Privatwillkür unterliegt — sich Geltung verschaffen will. Der Liberalismus will die Rechte, die er will, politische, wie das Wahlrecht, oder soziale, wie das in der Gewerbefreiheit liegende Recht auf freie Betätigung der Arbeitskraft, *nie* für *das Individuum*, sondern immer nur für das in *besonderer Lage* befindliche, so und so viel Steuern zahlende, mit Kapital ausgerüstete usw. Individuum; also immer nur für den *Besonderen*.

Gegenwärtig steht nun Europa besonders an folgenden zwei sehr interessanten Eigentumsfragen!

Die orientalische Despotie und die europäische absolute Monarchie unterscheiden sich bereits in rechtlicher Hinsicht im allgemeinen gerade so, daß dort auch die privatrechtlichen Verhältnisse der Individuen Eigentum des Herrschers sind, hier aber nur, was zur Kompetenz des öffentlichen Willens gehört, das mehr oder weniger ausschließliche Eigentum einer bestimmten Familie ist.

In politischer Hinsicht steht nun Europa an der Aufhebung dessen, daß der öffentliche Wille einer Nation *Eigentum einer Familie* sein könne.

Dies ist vorläufig nur in Frankreich erreicht, nicht nur in den *Prinzipien* der Französischen Revolution, sondern auch trotz mannigfach entgegenstehenden Scheines in der Wirklichkeit. Dies zeigt sich daran, daß seit siebzig Jahren keine Familie mehr in Frankreich Dynastie machen konnte; ferner daran, daß auch unterdrückende Herrscher daselbst gezwungen sind, sich auf die Volkswahl statt auf ein Eigentumsrecht, als den Titel ihrer Stellung zu berufen und so nur als zeitliche, wie immer auch beschaffene und verfälschende Träger, nicht Eigentümer, des nationalen Willens erscheinen; drittens dadurch, daß dieselben genötigt sind, auch im Auslande dies Prinzip, daß der öffentliche Wille einer Nation nicht Familieneigentum sein könne, gleichviel mit welcher Halbheit und welchen Widersprüchen, zu vertreten (Nationalitätsprinzip).

In Deutschland nimmt diese Frage eine noch *viel* intensivere

erzeugt werden kann, sondern nur gegen diese oder jene besondere Art seiner Erwerbung. Es gehört dann

Gestalt an, indem hier nicht nur der Inhalt des Volkswillens, sondern sogar dies, daß überhaupt kein deutsches Volk da sei — ein Recht auf Zerteiltheit des Volksgeistes —, als das Eigentumsrecht mehrerer Familien behauptet wird!

In sozialer Beziehung steht die Welt an der Frage, ob heute, wo es kein Eigentum an der unmittelbaren Benutzbarkeit eines anderen Menschen mehr gibt, ein solches auf seine mittelbare Ausbeutung existieren solle, d. h. gründlich: ob die freie Betätigung und Entwickulng der eigenen Arbeitskraft ausschließliches Privateigentum des Besitzers von Arbeitssubstrat und Arbeitsvorschuß (Kapital) sein und ob folgeweise dem Unternehmer als solchem, und abgesehen von der Remuneration seiner etwaigen geistigen Arbeit, ein Eigentum an fremdem Arbeitswert (Kapitalprämie, Kapitalprofit, der sich bildet durch die Differenz zwischen dem Verkaufspreis des Produktes und der Summe der Löhne und Vergütungen sämtlicher, auch geistiger Arbeiten, die in irgend welcher Weise zum Zustandekommen des Produktes beigetragen haben) zustehen solle.

Das Wort: „Emanzipieren", welches man jetzt in einem verwischten und den Sprechenden undeutlichen Sinne auf jedes Freiheitsbestreben anzuwenden pflegt, ist gerade dann ganz zutreffend, wenn man es in seinem ursprünglichen strengen Sinne auffaßt: emancipio, außer dem Eigentum erklären. —

Daß der Kulturgang der Rechtsentwicklung in der Tat in dieser fortschreitenden Verminderung des Eigentumsumfanges besteht, was hier nur in sehr flüchtigen Umrissen angedeutet worden ist, läßt sich im genauen und einzelnen nur bei einer ebenso eindringenden und kritischen Kenntnis der ökonomischen Gesetze und Verhältnisse jeder Zeit, wie der juristischen, und nur durch das detaillierteste Eingehen auf die Zustände der verschiedenen Geschichtsperioden darlegen. Bereits aber muß durch diese kurze Ausführung dies von uns aufgezeigte Gesetz der geschichtlichen Bewegung seinen ursprünglichen Anschein von Paradoxie völlig verloren haben, und es muß bereits deutlich geworden sein, wie diese fortschreitende

also zu der zweiten von den oben unterschiedenen Arten von Prohibitivgesetzen, die, weil sie gar nicht dem Recht

---

Verminderung des Privateigentumsumfanges auf nichts anderem als der positiven Entwicklung der menschlichen Freiheit beruht und hier nur zu seiner Realisierung gekommen ist, was wir schon S. 321 angedeutet haben. Wir machten daselbst bereits darauf aufmerksam, wie gerade die positive Entwicklung der Freiheitsidee zur Folge haben müsse, daß in immer fortschreitender Steigerung ein früher als veräußerlich gedachter Teil der menschlichen Freiheit — auch von den Juristen schon Privatwillkür genannt — sich jetzt als zur unveräußerlichen Freiheit des Menschen gehörig bestimmt [weshalb er nun als der sittlichen Idee und dem öffentlichen Recht entflossen angesehen und durch absolute (zwingende) Gesetze geregelt wird], so daß nun durch keine Willenstransaktion mehr und ebensowenig durch Facta, die wie eine solche wirken, z. B. Krieg, Geburt, Abstammung, Gewerbe usw., dieser früher veräußerliche Teil der menschlichen Freiheit ferner veräußert werden oder veräußert bleiben kann. Daß dies eine stetige Vermehrung der menschlichen Freiheit ist, ist von selbst evident; denn vermindert und beschränkt wird dadurch eben nur die Willkür — die eigene oder die fremde —, das positive Wesen der Freiheit zu negieren. Diese Entfaltung und Vermehrung der Freiheit ist es nun aber, welche sich, in bezug auf das Verhältnis der einzelnen untereinander, notwendig als eine Beschränkung dessen, was der ausschließenden Willensherrschaft besonderer Individuen unterworfen werden kann, ausdrücken und sich somit als eine Verminderung des Privateigentumsumfanges darstellen muß und wirklich darstellt, wie die vorstehende Skizze gezeigt hat.

Ganz parallel der angegebenen Bewegung der Rechtshistorie, immer mehr Inhalt aus der Eigentumssphäre herauszuwerfen, läuft in der ökonomischen Entwicklung die genau entsprechende Tendenz, immer mehr Faktoren der Produktion und resp. die Produkte selbst in immer größerem quantitativen Umfang aus der ökonomischen Eigentumssphäre, der Entgeltlichkeit, in diejenige der Unent-

die Fähigkeit, zum individuellen Eigentum gemacht zu werden, absprechen, auch nicht auf ein solches, gleichviel durch welche andere Willensaktionen, bereits erworbenes Eigentumsverhältnis einwirken (s. oben S. 381 fg.).

Nehmen wir z. B. an, daß ein Gesetz die Großjährigkeit auf vierundzwanzig Jahre fixiert, zugleich aber bestimmt, es solle schon bei zurückgelegtem zwanzigsten Jahre sowohl durch Heirat als auch durch Führung einer besonderen Wirtschaft die Großjährigkeit erworben werden können. Es erscheint nun ein Gesetz, welches fortbestehen läßt, daß nach dem zwanzigsten Jahre durch Heirat Großjährigkeit erworben werde, aber dies aufhebt, daß sie durch bloße Führung einer besonderen Wirtschaft erworben werden könne. Wie prohibitiv dies Gesetz auch gefaßt sein möge, es kann nicht einwirken auf diejenigen, welche sich bereits in dieser Weise Großjährigkeit erzeugt haben. Denn da es die Erwerbung derselben durch Heirat offen läßt, so wäre die Einwirkung auf die Großjährigkeit jener anderen eine Rückwirkung auf die besondere Handlung, durch welche sie sich die Großjährigkeit konstituiert haben.

Wenn aber ein Gesetzgeber von der Ansicht ausgeht, daß die mit der Großjährigkeit gegebene Handlungsfähigkeit ausschließlich ein Produkt der nur mit dem natürlichen Alter eintretenden Reife der Vernunft sein dürfe und deshalb schlechterdings durch keiner-

---

geltlichkeit (gratuite, communauté) hinüberzuwerfen (durch Reduktion des Verkaufspreises auf den Kostenpreis und die beständige Verminderung der Erzeugungskosten), ein an sich ganz richtiger Grundgedanke, welchem Bastiat in seinen Harmonies économiques wegen des ihm mangelnden kritischen Verständnisses der ökonomischen Kategorien eine ganz falsche und einseitige Ausführung gegeben hat.

lei individuelle Willenshandlung erworben und antizipiert werden könne, so wird durch ein solches Gesetz auch jenen schon verheirateten oder eine besondere Wirtschaft führenden Zwanzigjährigen die bisherige Majorennität wieder entzogen werden. Es wird dies deshalb ohne Rückwirkung eintreten können, weil nach der Anschauung des jetzigen Gesetzes Majorennitätsrecht überhaupt gar nicht erworben werden kann. Denn das Eintreten desselben durch das erreichte Alter ist, wie früher bereits bemerkt (S. 143), da das Alter kein Produkt einer Willensaktion ist, keine Erwerbung, sondern immer nur ein Vorhandensein; nicht ein vom Individuum sich konstituiertes Eigentum, sondern eine bloß infolge des Gesetzes daseiende Befugnis. Diejenigen aber, welche sich durch individuelle Handlungen Großjährigkeitsrecht erworben haben, können dasselbe unmöglich auf länger beanspruchen, als der Gesetzgeber dasselbe als ein überhaupt des Erworbenwerdens fähiges ansehen wird[1]).

Der Grund aber, warum nur die Prohibitivgesetze der ersten Art sofort einwirken dürfen, dieser Grund, von welchem die soeben betrachtete faktische Bestimmung, daß jedes Prohibitivgesetz, welches noch übrig läßt, das-

[1]) Hier vervollständigt sich also das von uns in § 1, S. 143 bis 148, Gesagte. Die bloße Verschiebung des natürlichen Großjährigkeitsalters, z. B. von 21 auf 24 Jahre, ändert also nichts an der Großjährigkeit der für majorenn Erklärten, solange irgend eine solche Erwerbung der Majorennität durch Handlungen, vormundschaftliche Erklärung vor dem natürlichen Alter usw., gesetzlich zulässig bleibt. Umgekehrt kann ohne daß der Alterstermin der Großjährigkeit geändert würde, allen durch Handlungen (Erklärungen usw.) großjährig Gewordenen das Majorennitätsrecht wieder entzogen werden, wenn der Gesetzgeber der Ansicht ist, daß dasselbe durch nichts anderes als das natürliche Alter eintreten kann.

selbe Recht noch durch andere Willenshandlungen zu erwerben, zu den Prohibitivgesetzen der zweiten Art gehört, nur eine Anwendung ist, — dieser Grund ist, weit entfernt ein äußerer Reflexionsgrund zu sein, nichts anderes als die konsequente und systematische Folge unserer gesamten Theorie. Er ist nichts anderes als der durch jenen Begriff der individuellen Willensfreiheit selbst, durch dessen alleinige Operation wir bisher die ganze Theorie entwickelt haben, mit Notwendigkeit gegebene Unterschied.

Denn wenn in der Abrogation der weiteren Dauer eines stipulierten Rechtes durch ein dieses Recht überhaupt abolierendes Gesetz keine Verletzung der Willensfreiheit, keine Denaturierung einer individuellen Handlung liegt, weil logisch und rechtlich Wille und Handlung von vornherein ein Recht, vermöge der Natur der Rechtssubstanz selbst, nur auf so lange ergreifen und dem Individuum sichern können, wie dieser Rechtsinhalt im gesamten Rechtsbewußtsein ein mögliches Dasein bewahren und nicht als schlechthin unzulässig ausgeschlossen sein wird, wenn also hierin statt einer Denaturierung der Handlung nur die notwendige Einschränkung derselben auf die ihr logisch von Haus aus gesetzte Grenze ihrer Wirksamkeit vorliegt, so würde dagegen die Anwendung von Prohibitivgesetzen der zweiten Art auf Rechtsverhältnisse, die durch den individuellen Willen vermittelt sind, eine wahrhafte Denaturierung individueller Handlungen und somit eine durchaus unzulässige Rückwirkung in sich schließen.

Denn Prohibitivgesetze dieser Art erklären nicht ein Recht überhaupt als aus der Rechtssphäre herausgefallen und unfähig, individuelles Eigentum zu sein. Sie lassen vielmehr dasselbe noch fortbestehen und noch weiter durch

individuelle Willenshandlungen erworben werden, und schließen nur besondere Bestimmtheiten von Willenshandlungen von der Fähigkeit dieses Rechtserwerbes aus. Solche Prohibitivgesetze lösen sich also auf in ein negatives Urteil des Geistes über die Gültigkeit und Wirksamkeit besonderer individueller Handlungen. Wenn aber das Individuum die Dauer des erworbenen Rechtes dem prohibitiven Urteil des allgemeinen Geistes unterwerfen muß, so ist es dagegen logisch ganz unmöglich, daß es die besondere Beschaffenheit seiner momentanen erwerbenden Handlung einer anderen Norm unterwerfe, als der zur Zeit dieser Handlung vorhanden gewesenen. Hier würde also, solange dasselbe qualitativ-bestimmte Recht durch andere Willenshandlungen überhaupt noch erworben werden kann, mit voller Kraft der Rückwirkungsvorwurf seitens des Individuums aufwachen (s. S. 121 und 353 fg.): es würde, falls es dies gewußt hätte, das Recht unter jenen anderen, es noch heute erwerbenden Formen und Bedingungen sich konstituiert haben. Hier entsteht also jener Vorwurf, menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit forciert zu haben, der aus den entwickelten Gründen nur dann nicht entsteht, wenn keine Willenshandlung mehr zur Erwerbung dieses qualitativ-bestimmten Rechtes führen kann! Er entsteht hier, weil die Prohibition sich hier gar nicht gegen den Inhalt des Rechtes, sondern nur gegen die besondere Handlung richtet. Er entsteht hier, weil die erwerbende Handlung als solche, als ein in der Zeit Vorübergehendes, nur während ihrer Vollbringung an die Gemeinsamkeit mit dem gesamten Rechtsbewußtsein des Volkes gebunden und also nur den zeitigen Prohibitivbestimmungen unterworfen bleibt, während der ergriffene Rechtsinhalt selbst, als ein

für alle Zeiten Dauerndes, daher für alle Zeiten an diese Gemeinsamkeit gewiesen und deshalb den Prohibitivgesetzen aller Zeiten unterworfen bleibt.

Zugleich folgt aus dem angegebenen Begriffsunterschied, und schon aus dem begrifflichen Grunde der Einwirkung prohibitiver Gesetze überhaupt, daß diese selbstredend erst von der Zeit ihres Erscheinens ab die Fortdauer des prohibitiven Rechtes aufheben, daß somit alle dem Gesetze bereits vorausgegangenen rechtlichen Folgen bestehen bleiben. Eine Auslöschung derselben würde wieder notwendig Rückwirkung in sich schließen, da sich das Individuum nur unterworfen hat und unterwerfen mußte dem Nichtdasein seines Rechtes vom Tage ab seiner Exklusion durch das allgemeine Rechtsbewußtsein.

Erst gegenwärtig liegt die Theorie der Einwirkung absoluter Gesetze in vollständiger Entwickelung vor, und es wird jetzt überall bestimmt werden können, ob ein prohibitives Gesetz auf die bestehenden Rechtsverhältnisse eingreifen darf oder nicht, wobei es nur darauf ankommt, das qualitativ-bestimmte Recht, das in Frage steht, genau aufzufassen, da sich nur hieraus beantwortet, ob das neue Gesetz einen Rechtsinhalt aus der Privateigentumssphäre herauswirft oder nicht, und ob es demnach eingreifen muß oder nicht darf.

Wenden wir uns zunächst zu einigen auf die bestehenden Verträge nicht einwirkenden Prohibitivgesetzen.

Wenn ein Gesetz über laesio enormis bei Verkäufen da, wo solches bisher nicht gegolten hat, erscheint, so wird es, selbst wenn es ein wahres Prohibitivgesetz darstellt (d. h. wenn es den Verzicht auf diese Einrede für wirkungslos erklärt), auf früher geschlossene Kaufverträge nicht anwendbar sein. Das Recht auf unwiderrufliche Ent-

äußerung und auf das unwiderrufliche Eigentum an der Kaufsumme ist nicht aufgehoben, sondern kann nach wie vor erzeugt werden, und nur Bedingungen über das Verhältnis der Kaufsumme zum Objektswert sind für die Erwerbung dieses Rechtes festgesetzt. Somit betrifft der prohibitive Inhalt des Gesetzes nur die Gültigkeit der besonderen Handlung, welche dieses Recht im gegebenen Falle erwirbt, und wirkt somit auf frühere Handlungen nicht ein[1]).

Wenn ein Gesetz, wie z. B. der Art. 1341 Code Nap., bei Forderungen über eine gewisse Höhe den Zeugenbeweis ausschließt[2]), so schreibt ein solches Gesetz nur

[1]) Es ergibt sich hier also von dieser Seite die Bestätigung dessen, was wir oben (S. 299—303) gesehen. — (Wenn das Gesetz über die laesio enormis zur Zeit des Kaufkontraktes bestand und später aufgehoben wird, so stellt diese Aufhebung durchaus keine Prohibition dar. Denn die Verkäufer würden nicht gehindert sein, diese Bedingung im Kaufakt zu stipulieren. Das frühere Gesetz würde also als stillschweigende Bedingung in bezug auf die früheren Kaufkontrakte fortwirken.)

[2]) Dies Gesetz wird übrigens von einer großen Zahl Autoren und Urteile der französischen Jurisprudenz gar nicht als ein wirklich prohibitives angesehen, indem man annimmt, daß der Zeugenbeweis bei Zustimmung der Gegenpartei zulässig sei; so u. a. von Bourges vom 16. Dezember 1826, von Rennes vom 25. Februar 1841, von Bordeaux vom 16. Januar 1846; Duranton, T. XIII, Nr. 308; Carré und Chauveau, Lois de la proc., qu. 976. — Dagegen Merlin, Répert. v° Preuve, Sect. 2, § 3, Art. 1, No. 29. Toullier, T. IX, Nr. 36 fg. Brodeau sur Louet lett. D. § 3 u. a.

Es kann nicht genug hervorgehoben werden, daß die schlechthinnige Ausschließung jeder abweichenden Privatwillkür, auch bei Einverständnis der Parteien, das alleinige Kennzeichen eines jeden absoluten (prohibitiven oder zwingenden) Gesetzes ist. Jedes andere Gesetz bleibt ein bloß regulatives, vermittelndes.

Bedingungen für die Handlung der Erwerbung vor und wendet sich daher nicht auf die aus schon vorgefallenen Handlungen entstandenen Obligationen an. Oder faßt man das in Rede stehende Recht des Individuums bestimmter und richtiger als ein Recht auf Zeugenbeweis auf, so ist zu sagen, daß durch dieses Gesetz nicht (wie dies z. B. bei der Bestimmung, daß der Beweis der Vaterschaft untersagt sein solle, der Fall ist) aller Zeugenbeweis in diesem Rechtsgebiete überhaupt vom Gesetz alz unzulässig erklärt und prohibiert wird; derselbe wird vielmehr vom Gesetz bei Summen unter diesem Betrag oder bei nicht-obligatorischen Verhältnissen und auch bei solchen, wenn sich der Gläubiger unmöglich einen schriftlichen Beweis verschaffen konnte (Art. 1348 C. c.) oder diesen durch casus fortuitus verloren hat, für zulässig erklärt. Es existiert also noch ein Recht auf Zeugenbeweis bei Forderungen, und nur besondere Handlungen, welche dieses Recht bisher erwarben, sind jetzt von demselben ausgeschlossen. Ebendeshalb darf also, weil sich die Prohibition nur gegen die Besonderheit der erwerbenden Handlung und nicht gegen die Existenz des Rechtes selbst und seine allgemeine Möglichkeit erworben zu werden, richtet, das Gesetz nicht auf die früheren Erwerbungen dieses Rechtes eingreifen.

Setzen wir aber den Fall, der, wenn auch fast unmöglich in sich, doch zur Klarlegung und Bestätigung der Theorie unterstellt werden mag, ein Gesetzbuch verböte allen und jeden Zeugenbeweis in Zivilsachen überhaupt, etwa herrnhuterische Grundsätze, welche in dem Eide eine Religionswidrigkeit erblicken, auf die Spitze treibend. Offenbar würde hier auch in bezug auf die früheren Darlehen usw. das Recht des Zeugenbeweises ganz unzweifelhaft hinwegfallen müssen. Recht auf

Zeugenbeweis ist jetzt überhaupt aboliert, und das Individuum kann dasselbe nur so lange ausüben und besitzen, als es eben nach dem Gesetz überhaupt rechtliches Eigentum des Individuums sein kann. Auch würden diejenigen, welche vor diesem Gesetz Gläubiger ohne schriftlichen Beweis wurden, gar nicht härter gestellt sein, als alle diejenigen, welche erst nach dem Gesetze Gläubiger werden, sich aber in der Unmöglichkeit befinden, für ihre Obligation einen schriftlichen Beweis zu erlangen (z. B. also bei allen Quasikontrakten, Delikten, Quasidelikten, bei notwendigen Depositionen). Ein Gläubiger, welcher vor dem den Zeugenbeweis ausschließenden Gesetz ein Darlehen machte, kann, weil er jetzt noch keine Veranlassung hatte, sich einen schriftlichen Beweis zu verschaffen, höchstens doch so behandelt und einem solchen assimiliert werden, der nicht einmal die Möglichkeit zu dieser Beschaffung hatte. Indem jetzt nun aber alle, die, obwohl nach der Zeit des Gesetzes, sich in der faktischen Unmöglichkeit befinden, einen schriftlichen Beweis zu bereiten, gleichwohl vom Zeugenbeweise ausgeschlossen sind, fallen die Gläubiger aus der Zeit vor dem Gesetze nur in die Kategorie dieser letzteren, und der Vorwurf der Rückwirkung, der nachträglichen Verletzung der Willensfreiheit des besonderen Individuums, fällt um so mehr fort.

Gibt man zu, daß ein solches allen Zeugenbeweis abolierende Gesetz auch auf die früheren Obligationen einwirken müsse — und es wird nicht möglich sein, dies nicht zuzugeben —, so hat man damit alles, was wir über die Theorie der Prohibitivgesetze entwickelt haben, anerkannt. — Freilich ist das von uns unterstellte Beispiel ein in sich selbst fast unmögliches. Dies hindert indes seine Beweiskraft nicht. Überdies sollte diese abstrakte

Unterstellung nur als Brücke zu dem nachfolgenden ganz gleichartigen konkreten Beispiel dienen. Es verhält sich nämlich offenbar ebenso, wenn ein Gesetz z. B. die bisher erlaubte Zeugenfähigkeit in einem bestimmten Verwandtschaftsgrade überhaupt aufhebt. Recht auf Zeugenbeweis existiert hier weiter. Aber was aufgehoben ist, ist: Recht auf die Zeugenschaft eines so und so Verwandten. Dies bestimmte Recht überhaupt ist hier aufgehoben und kann daher auch in bezug auf frühere Darlehen oder Verträge nicht ausgeübt werden. Es ist möglich, daß das Individuum bei der seinen Anspruch begründenden Handlung gerade nur solche Verwandte (oder andere jetzt prohibierte Personen) zu Zeugen hatte oder zu Zeugen nahm. Es kann somit jetzt die ganze Möglichkeit seines Beweises verlieren durch die Zerstörung der Zeugenschaft von Personen, auf deren Zeugnis es früher ein Recht hatte. Gleichwohl wird es der Anwendung jenes Gesetzes keinen Vorwurf der Rückwirkung machen können. Allerdings ist das Recht des Individuums auf das Zeugnis anderer Personen überhaupt nur ein legales, kein erworbenes Recht. Allein dies ist nicht der letzte Grund der Entscheidung. Dies Recht kann durch mannigfache Handlungen zu einem erworbenen geworden sein, z. B. vertragsmäßig oder dadurch, daß die Klage schon angestellt, der Zeuge schon vorgeschlagen, seine Vernehmung auch schon durch richterliches Dekret verordnet worden ist. Gleichwohl wird, wenn das neue Prohibitivgesetz vor dem Audienztermin erscheint, die Abhörung des Zeugen durchaus unzulässig sein. Der systematische Grund ist aber, wie schon die Unterscheidung der Fälle ergibt, kein anderer als der, daß hier das Recht auf diesen — näher qualifizierten — Zeugenbeweis, auf Zeugenbeweis durch Verwandte, über-

haupt untergegangen ist, nicht aber bloß in Beziehung auf gewisse besondere Willenshandlungen[1]).

---

[1]) Bei konsequenter Festhaltung der Savignyschen Theorie würde man das Gegenteil annehmen müssen, was offenbar unmöglich — und dennoch häufig genug angenommen worden ist. Ganz so wie der oben behandelte Fall verhält sich nämlich jedes Gesetz über Zeugenreprochierungsgründe. Gibt ein Gesetz der Partei das unbedingte Recht, einen in gewissen Fällen befindlichen Zeugen zu reprochieren, so unterscheidet sich ein solches Gesetz gar nicht von dem obigen. Es verhält sich prohibitiv gegen den Rechtsanspruch der Gegenpartei, einen solchen Zeugen abhören zu lassen. Gibt das Gesetz die Entscheidung über die Zulassung des reprochierten Zeugen in die diskretionäre Einsicht des Richters, so kann man den prohibitiven Charakter eines solchen Gesetzes mit Fug bestreiten, obgleich durch dasselbe der frühere unbedingte Anspruch der Partei auf Abhörung des Zeugen (oder resp. Verlesung seiner Aussage) untergegangen und nun von der Beurteilung des Richters abhängig gemacht ist. Allein es darf überhaupt nicht vergessen werden, daß der prohibitive Charakter des Gesetzes nur erforderlich ist, wenn bereits durch Dekret die Vernehmung des Zeugen verordnet und sie hierdurch zu einem erworbenen Recht geworden ist. Bis zu jenem Dekret bildet die Bestimmung, durch welche Kategorien von Zeugen Beweis erbracht werden kann, ein von individueller Willensaktion ganz unabhängiges, rein legales Recht, welches daher durch jede Änderung der Gesetzgebung sofort modifiziert wird. Es ist dies sehr häufig übersehen und z. B. durch zwei Urteile des rheinischen Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 15. Juli 1822 und vom 12. April 1844 (Rheinisches Archiv, VII, 1, 198, und XXXVII, 1, 81) sehr irrig erkannt worden, daß die Reproche nach dem älteren Gesetze beurteilt werden müsse, wenn die Tatsache, über welche der Zeuge vernommen werden solle, dem neuen Gesetze vorhergegangen ist. Durch ein etwas späteres Urteil vom 28. Mai 1844 hat derselbe Gerichtshof dagegen entschieden, daß es nur auf das neue Gesetz dabei ankomme (XXXVII, 1, 84) und zwar deshalb, weil

Wenden wir uns jetzt zu einigen Fällen, in welchen die Praxis der Gesetzgebungen und die Theorie der neueren Autoren in einem entschiedenen Gegensatz miteinander stehen, ein Gegensatz, der leicht begreiflich ist, da die Gesetzgebungen, dem Instinkt des unmittelbaren Rechtsgefühles folgend, oft das Richtige hierbei trafen, während, da alle halbe Theorie von der Wahrheit ab- und erst die ganze Theorie wieder zu ihr zurückführt, den Autoren hierdurch die Erkenntnis der Richtigkeit und Notwendigkeit jener Gesetze unmöglich gemacht war. —

Durch die im Jahre 528 erlassene L. 26 C. de usuris (6, 32) hatte Justinian verordnet, daß der bis dahin erlaubte höchste Zinsfuß von zwölf Prozent auf sechs Prozent herabgesetzt sein solle. Ein Jahr darauf fand er sich veranlaßt, durch die L. 27 (das.) ausdrücklich zu erklären, es sei die Absicht jenes Gesetzes, auch die schon vor dem Gesetz geschlossenen Zinsverträge auf das neue gesetzliche Zinsmaximum zu reduzieren, mit Ausnahme jedoch der schon vor dem Erlaß des Gesetzes erfallenen Zinsen.

Es ist evident, daß nach der von uns entwickelten Theorie Justinian hierbei in jeder Hinsicht nur die regelmäßigste und mit begrifflicher Notwendigkeit dem Gesetze zukommende Wirkung für dasselbe in Anspruch nahm. — Die Prohibition ist hier die totale. Recht auf

---

es sich hierbei nicht von der Zulässigkeit des Zeugenbeweises als Beweismittel, sondern von der Zulassung eines Zeugen handle, worüber die bestehenden prozessualischen Vorschriften maßgebend. Die Sophistik dieser Gründe liegt auf der Hand, denn welche Zeugen ich für einen Beweis benutzen darf, bezieht sich nicht auf die ordinatoria, sondern *decisoria* litis. Die Entscheidung selbst aber rechtfertigt sich durch das früher Gesagte.

höhere als sechsprozentige Zinsen soll von jetzt ab gar nicht mehr Eigentum des Individuums sein können, soll — als Zinsen, d. h. bei Garantie des dargeliehenen Kapitales und seines Ertrages — durch keinerlei Willenshandlung dazu gemacht werden können. Da dies Recht vom Tage des Gesetzes ab ganz aus der Eigentumssphäre des Individuums herausgefallen ist, gar nicht mehr besessen werden kann, so fällt es eo ipso auch bei allen denen fort, die diesen Anspruch bisher vertragsmäßig besessen und erworben hatten, aber ihn wie jedes andere Recht nur auf so lange besaßen und erworben hatten, als dasselbe fähig sein würde, einen Gegenstand der Herrschaft des individuellen Willens, ein Eigentum des Individuums zu bilden. Von einer Rückwirkung ist nicht die Rede, da sich nach unserer Theorie jeder Zinsvertrag von vornherein notwendig in die Stipulation auflöst, daß z. B. zehn Prozent Zinsen während der Dauer des Vertrages gezahlt werden sollen, solange das Gesetz dies erlaubt, und eventuell sonst das jederzeitige gesetzliche Zinsmaximum.

Zugleich respektiert Justinian die notwendigen Grenzen des Gesetzes, indem er es auf die vorher erfallenen Zinsen nicht einwirken läßt. In der Tat würde dies geheißen haben, die Prohibition über ihren eigenen Inhalt hinaustreiben und in Rückwirkung verfallen, da dann individuelle Willensaktionen nicht in ihrer Wirkung bis auf die Zeit des Erscheinens prohibitiver Gesetze eingeschränkt, sondern der ihnen zustehenden vertragsmäßigen Wirkung aus der Zeit des rechtlichen Erlaubtseins derselben beraubt worden, Handlungen also nicht an der immanenten Grenze ihrer Gültigkeit festgehalten, sondern innerhalb derselben nachträglich denaturiert worden wären.

Savigny, welcher bei seiner Auffassung seiner Formel

vom Erwerb und vom Dasein der Rechte dies Gesetz zu den über den Erwerb von Rechten handelnden rechnen muß, greift deshalb dies Zinsgesetz Justinians wegen seines Einwirkens auf die bestehenden Verträge wiederholt als ein höchst „eigentümliches und willkürliches" an; er sieht nur ein Ausnahmsgesetz darin und wirft ihm vom Standpunkt der Rechtsgrundsätze aus rechtswidrige Rückwirkung nachdrücklichst vor[1]).

Savigny vertritt dabei nur die allgemeine Ansicht der neueren Autoren, die nach ihm und schon vor ihm mit großer Einhelligkeit in der Verwerflichkeit eines solchen Gesetzes zusammentreffen[2]).

---

[1]) Savigny, VIII, 382—384, 397, 403, 437.

[2]) Und zwar gilt dies ebenso von den französischen wie von den gemeinrechtlichen und preußischen Juristen. Merlin, Répert. v⁰ Effet rétroact., Sect. III, § 3, Art. 3, No. 11, T. 5, p. 575: „Ainsi comme nous venons de le voir, la loi ne peut pas, en réduisant aujourdhui l'intérêt conventionnel de l'argent, empêcher qu'un intérêt plus haut qui a été précédemment stipulé sous une loi qui autorisait, ne continue d'être exigible." Von derselben Theorie ging das Napoleonische Zinsgesetz vom 3. September 1807 aus, welches ausdrücklich (Art. 5) die bereits geschlossenen Verträge ausnimmt (vgl. oben S. 101), und obgleich das Gesetz letzteres nur von den Zinsen einfacher Darlehnskontrakte verfügt, faßte der Pariser Kassationshof diese Bestimmung als eine aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen selbst folgende auf, indem er sie, ein Urteil des Appellhofes von Caen kassierend, auch auf eine in Getreide konstituierte Rente anwandte, welche 12—15 Prozent des Rentenkapitals darstellte (Urteil des Kassationshofes von Paris vom 3. Mai 1809; vgl. die Urteile desselben Hofes vom 5. März 1834 und 15. November 1836; Chabot, Quest. trans. v⁰ Contrat.; Zachariä, T. I, § 30; Troplong, Prêt, Nr. 357).

Von römischen Juristen mag es hinreichen anzuführen: Vangerow, Pandekten, 6. Aufl. (1851), T. I, § 26, S. 68, welcher das Gesetz Justinians als einen „Machtspruch" und ein

Wir glauben dasselbe durch unsere Theorie auf das vollständigste gerechtfertigt zu haben, und zwar nicht als

„exorbitantes Gesetz" bezeichnet; Puchta, Pandekten, 5. Aufl. (Leipzig 1850), § 111, e, welcher ganz dieselbe Ansicht ausspricht. Von landrechtlichen Autoren: Bornemann, a. a. O., S. 44: „Auf die vertragsmäßigen Zinsen haben neue Gesetze, welche das Versprechen von Zinsen über eine gewisse Höhe hinaus verbieten, nach allgemeinen Grundsätzen keinen Einfluß"; Koch, Allgemeines Landrecht, Bd. 1, S. 13, Anm. 25, Nr. 5 c (welcher Autor früher — Lehrbuch, T. I, § 36 und 37 — anderer Ansicht war); vgl. Holzschuher, Theorie und Kasuistik, 2. Aufl. (Leipzig 1856), S. 48, Nr. 12. — Gerade diese Einstimmigkeit der neueren Autoren mußte es uns zur Pflicht machen, unserer Beweisführung eine an sich vielleicht überflüssig scheinende Ausführlichkeit angedeihen zu lassen.

Eine Ausnahme von jenem Einklang machen Boecking, Einleitung in die Pandekten des römischen Privatrechtes, 2. Aufl. (1853), I, 318, und Scheuerl, Beiträge, Nr. VI, S. 142. Allein gerade die von ihnen geltend gemachten Gründe, bei denen sich niemand wird beruhigen wollen, nötigen um so mehr, die wahrhafte Begründung mit aller Sorgfalt zu führen. Boecking erklärt nämlich, in diesem Gesetze deshalb keine Rückwirkung zu sehen, weil dasselbe nur verfüge, daß „noch nicht eingetretene Wirkungen eines früheren Rechtsgeschäftes oder einer früheren Handlung, welche bei fortgeltendem älteren Rechte eingetreten sein würden, nun nicht mehr eintreten sollten." Allein mit dieser schon 1811 von Weber aufgestellten Unterscheidung von schon eingetretenen und noch nicht eingetretenen Wirkungen eines früheren Rechtsgeschäftes ist ja nicht im geringsten durchzukommen, und mit Recht ist sie deshalb von Savigny unter der Bemerkung, daß sie nur vom Einfluß der lex de usuris abgezogen sei, völlig verworfen worden. Die ersten besten Beispiele zeigen, wie wenig mit dieser Unterscheidung anzufangen ist. Wenn ich einen Erbvertrag geschlossen habe, und nun ein späteres Gesetz die frühere Form dieser Verträge für nichtig erklärt, oder der bestimmten Alters- oder Personenklasse, zu der ich gehöre, Erbverträge un-

ein zulässiges, sondern als ein solches, welches mit Notwendigkeit die begrifflichen Forderungen der Rechtsidee verwirklicht.

Gleichwohl wollen wir uns jetzt der Mühe unterziehen, selbst mit Absehung von unserer Theorie, dies Gesetz zu

---

tersagt, und ich nach diesem Gesetz sterbe, so ist der nun erfolgende Übergang meines Eigentums an den anderen Kontrahenten gleichfalls eine bei dem Erscheinen des Gesetzes „noch nicht eingetretene Wirkung" des früheren Rechtsgeschäftes und kann dennoch nicht ohne stärkste Rückwirkung von dem Gesetz verhindert werden. Oder wenn ich schenke unter einem Gesetz, welches Revokation der Schenkung wegen späterer Geburt von Kindern oder wegen Undankbarkeit des Beschenkten gestattet, ein neues Gesetz diese Revokationsgründe aufhebt und nun erst mir Kinder geboren werden oder der Beschenkte in Undankbarkeit verfällt, so ist der Widerruf gleichfalls eine erst nach dem neuen Gesetz eintretende Wirkung eines früheren Rechtsgeschäftes, und dennoch wäre es flagrante Rückwirkung, die Widerrufsklage abzuschneiden (s. S. 299—303). Hundert andere Beispiele könnten gegeben werden. Nicht also in dieser haltlosen Unterscheidung, daß die noch nicht eingetretenen Wirkungen früherer Handlungen durch ein späteres Gesetz geändert oder unterdrückt werden können, sondern lediglich in der obigen Theorie hat die lex de usuris ihre einzige und wahre Rechtfertigung. — Scheuerl will sie also rechtfertigen. Er räumt zwar ein: „Hat jemand unter dem Einfluß einer damals geltenden Rechtsregel ein gewisses Recht erworben, so sind nun allerdings an sich auch alle Handlungen, welche in bloßen Ausübungen dieses Rechtes bestehen, erlaubte Handlungen." Aber er wendet ein: „Das Dasein eines Rechtes macht es aber nicht unmöglich, daß eine neue Rechtsregel seine Ausübung untersage." Was für ein „Dasein von Recht" ist denn das aber noch, was gar nicht mehr ausgeübt werden kann? Auch würden bei dieser Regel, wie die soeben gegen Boecking angeführten Beispiele zeigen, nicht weniger Tür und Tor der krassesten Rückwirkung geöffnet sein.

rechtfertigen. Gelingt uns dies und können wir die dagegen erhobenen Einwürfe der Unrichtigkeit und des Widerspruches mit sich selbst überführen, so ist durch den Nachweis der Rechtmäßigkeit dieses Gesetzes unsere gesamte Theorie über die Einwirkung von Prohibitivgesetzen auf das unwidersprechlichste bewiesen und gegen jede Anfechtung gesichert.

Denn wenn die gegenwärtige Theorie, wie jedem von selbst klar sein wird, auch weit entfernt davon ist, gerade unter dem Einfluß dieses besonderen Gesetzes entstanden zu sein, so verhält sich dieses Beispiel doch so zu ihr, daß durch den juristischen Beweis von der inneren Rechtmäßigkeit *dieses* Gesetzes um so mehr und a fortiori *alles das* erwiesen ist, was wir in bezug auf die sofortige Einwirkung der früher in diesem Paragraphen analysierten Gesetze entwickelt haben. Dies Beispiel verhält sich jedenfalls so zu unserer Theorie, daß *dieselbe mit ihm steht und fällt*. Durch den juristischen Beweis der Richtigkeit des erstern wird also die Theorie selbst ihren letzten und jeden Widerspruch ausschließenden *empirischen Beweis* empfangen haben.

Zuerst wäre hier zu bemerken, wie das Zinsgesetz Justinians nicht allein steht, die Gesetzgebungen vielmehr, deren unmittelbares Rechtsgefühl nicht, wie bereits bemerkt, durch eine halbe Theorie wie bei den Autoren irregeführt wurde, gerade in diesem Falle in der Regel dieselben Grundsätze anerkannt haben. So zunächst die preußischen transitorischen Edikte der Jahre 1814 und 1816, welche (s. § 13 des Patentes vom 9. September 1814 für die Provinzen jenseit der Elbe, und § 17 der zwei Patente vom 9. November 1816 für das Großherzogtum Posen und den Kulm- und Michelauschen Kreis; § 13 des Patentes vom 15. November 1816 für die ehemaligen

sächsischen Provinzen, und § 20 des Patentes vom 21. Juni 1825 für das Herzogtum Westfalen) sämtlich verordnen, daß vom Einführungstage ab

„in Absicht der Höhe der erlaubten Zinsen die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechtes und der darauf Bezug habenden späteren Verordnungen dergestalt eintreten, daß, wenn in einem früheren Vertrage höhere Zinsen verabredet worden, als die preußischen Gesetze gestatten, von dem Tage der Wirksamkeit der letzteren der Schuldner nur zur Zahlung der erlaubten niedrigeren Zinsen verpflichtet ist."

Savigny, indem er (a. a. O., S. 437) diese preußischen Gesetze, die er „auffällig" findet, berührt, wirft ihnen vor, nicht bemerkt zu haben: „daß sie dadurch dem nahe dabeistehenden Grundsatz, welcher die Folgen der Verträge dem zur Zeit des Abschlusses geltenden Gesetze unterwirft, geradezu widersprechen". Wie wenig dies der Fall ist, hätte Savigny an einer andern Gesetzgebung, der hannöverischen, sehen können, welche wiederum dieselbe Zinsbestimmung wie jene preußischen Patente treffen[1]), andererseits auch denselben allgemeinen Grundsatz hinsichts der Verträge sanktionieren, beide Gedanken aber gleich zu einer Einheit verbinden. Es wird nämlich in der Einleitung zu der angezogenen Verordnung für Althannover die Regel aufgestellt: „Die während der Unter-

[1]) Siehe die Verordnung vom 23. August 1814 für Althannover, § 79, und ebenso die Verordnung vom 14. April 1815 für das Fürstentum Hildesheim und vom 13. September 1815 für Meppen und Emsbüren, §§ 87—89, wo die zu hohen Zinsen, wie sehr richtig, obwohl übrigens nach unserer Entwicklung selbstredend ist, selbst für den Fall untersagt werden, „wenn die Verträge durch rechtskräftige Erkenntnisse aus der Zwischenzeit bestätigt worden."

brechungszeit (d. i. während der Herrschaft des fremden Gesetzes) durch erlaubte freiwillige Handlungen und Verträge erworbenen Privatrechte bleiben gültig. Ihre Folgen und Wirkungen, insofern sie nach Unsern Gesetzen durch Privatwillkür bestimmt werden konnten, mithin nicht den in Unsern Gesetzen enthaltenen Verboten entgegenstehen, sind auch ferner nach dem fremden Rechte zu bestimmen, und ist bei deren Interpretation bis zum Beweise des Gegenteiles rechtlich anzunehmen, daß die Parteien die Dispositionen der fremden Gesetze stillschweigend zugrunde gelegt haben." Es ist wahrhaft verwunderlich, wie diese Regel, von der in die Augen fällt, wie sehr sie unsere gesamte Theorie bestätigt, aus Mangel an systematischer Begründung so wenig Einfluß auf die juristischen Ansichten erlangen konnte. —

Das zweite Moment, das bei der Untersuchung des Justinianischen Gesetzes hervorzuheben ist, ist, daß Justinian wenigstens durchaus nicht „eigentümlich und willkürlich" bei demselben verfahren wollte. Es ist in dieser Hinsicht erforderlich, einen Blick in das in Rede stehende Gesetz zu werfen. Justinian sagt in der L. 27: „De usuris, quarum modum jam statuimus, *pravam quorundam interpretationem penitus removentes*, jubemus, etiam eos qui *ante eandem sanctionem* ampliores quam statutae sunt, usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis ejus *suas moderari actiones*, scilicet illius temporis quod ante eandem fluxit legem pro tenore stipulationis usuras exacturas."

Nach Justinians und seiner Juristen Ansicht war also die in der L. 27 gegebene Verordnung, statt irgendwelche Ausnahmemaßregel darzustellen und in besonderen damals etwa vorliegenden positiven Verhältnissen und Nützlich-

keitsrücksichten zu wurzeln, vielmehr eine so regelmäßige und mit grundsätzlicher Notwendigkeit aus den Rechtsgrundsätzen selbst folgende Anwendung der L. 26, daß sie nach ihm sogar eine ganz überflüssige und nur durch irrtümliche Ansichten notwendig gewordene war. Nach Justinian und seinen Juristen hätte die L. 26, obwohl sie in keiner Hinsicht besonders andeutet, was in bezug auf die bestehenden Verträge eintreten solle, schon von selbst so angewendet werden müssen. Jede andere Anwendung derselben nennt er geradezu eine *prava* interpretatio. Zugleich müssen die Ausdrücke „*quorundam* interpretationem" und „*penitus* removentes" zu zeigen scheinen, daß in der Tat die von Justinian so hart getadelte Auslegung nur eine vereinzelte, nicht die allgemeine war, und bloß zu ihrer gänzlichen Verhütung das neue transitorische Gesetz erlassen wurde. — Unbegreiflich bleibt es demnach, wie Savigny und Bergmann[1]) davon sprechen können, daß hier etwas Ausnahmsweises und nach der Annahme des römischen Gesetzgebers von der Regel Abweichendes von ihm verordnet worden sei. Vielmehr würde sich diese Verordnung nur durch eine gänzliche Täuschung Justinians und seiner Juristen erklären lassen.

Statt daß dies der Fall sei, läßt sich aber vielmehr dartun, daß Savigny durch die Verwerfung jener Wirkung des Zinsgesetzes Justinians sogar in den handgreiflichsten Widerspruch mit sich selbst tritt. Um denselben bis zur Evidenz nachzuweisen, braucht bloß danebengestellt zu werden, wie Savigny die Einwirkung der bekannten Vorschrift des Art. 340 Code civil[2]) auf die bereits erzeugten unehelichen Kinder rechtfertigt. Auch hier sind durch die

---

[1]) A. a. O., S. 192 fg. u. a. and. St.

[2]) „La recherche de la paternité est interdite."

Erzeugung derselben unter einer der Geschwächten und den Kindern bestimmte Rechtsansprüche zuerteilenden Gesetzgebung erworbene individuelle Rechtsverhältnisse und Verpflichtungen entstanden. Gleichwohl sagt Savigny[1]): „Man hat dieses Gesetz mit Unrecht getadelt, als ob es eine ungehörige Rückwirkung enthielte. Man hat es ebenso mit Unrecht verteidigt, als ob es den persönlichen Zustand an sich zum Gegenstand hätte. Die wahre Rechtfertigung liegt darin, daß es ein Gesetz von zwingender Natur ist" — nämlich sittlichen Beweggründen entflossen, wie Savigny zuvor auseinandergesetzt hatte.

Wir haben gesehen, daß es für ein Gesetz durchaus noch nicht hinreicht, von zwingender Natur zu sein, um auf die durch individuelle Handlungen konstituierten Rechtsverhältnisse einwirken zu können; daß vielmehr eine solche Wirkung keineswegs eintreten darf, wenn das zwingende Gesetz — wie z. B. Verbot des Zeugenbeweises bei Forderungen über einen gewissen Betrag usw. — nur bestimmte Bedingungen und Arten von Handlungen, durch welche sich das Individuum bisher mit einem Rechtsinhalt zusammenschließen konnte, prohibiert, nicht aber diesen qualitativ-bestimmten Rechtsinhalt selbst, als einen jeder Willenshandlung nunmehr schlechthin unzugänglichen, aus der rechtlichen Eigentumssphäre des Individuums hinauswirft.

Sehen wir inzwischen gegenwärtig von diesem Unterschied ab. Wenn Savigny deshalb, weil jenes über den verbotenen Beweis der Vaterschaft handelnde Gesetz ein zwingendes ist, zugibt, daß es auf Rechtsverhältnisse, die durch individuelle Handlungen begründet sind, einwirken darf, warum gibt er dies von den Wucher-

---

[1]) A. a. O., VIII, 529.

gesetzen nicht zu? Ist ein Wuchergesetz weniger als jenes andere sittlichen und ökonomischen Motiven entflossen? Ist es weniger zwingender Natur? Die Inkonsequenz ist also eine schreiende[1]). —

[1]) Es muß übrigens bei diesem Anlaß wiederholt bemerkt und gegen Savigny festgehalten werden, daß jedes Gesetz ein zwingendes ist, welches das Abweichen der Privatwillkür ausschließt, gleichviel welchen Motiven, sittlichen oder anderen, es entflossen sei. Wenn man dies nicht festhält, so gibt es überhaupt gar keinen festen Begriff von zwingenden Gesetzen mehr. Nichts ist daher irriger als die Unterscheidung, die Savigny bei seiner Behandlung der örtlichen Kollision der Gesetze (VIII, 34 fg.) zwischen den absoluten (die Privatwillkür ausschließenden) und den zwingenden Gesetzen behauptet, unter welchen letzteren er nur solche absolute Gesetze verstehen will, welche auf sittlichen Gründen oder auf „Gründen des öffentlichen Wohles (publica utilitas), mögen diese nun mehr einen politischen, polizeilichen oder volkswirtschaftlichen Charakter an sich tragen," beruhen und also „außerhalb des reinen Rechtsgebietes" ihre Wurzel haben. Savigny behauptet aber diesen Unterschied bloß; weit entfernt, ihn zu beweisen, versucht er nicht einmal aufzuzeigen, woher er stammen und worin er liegen soll. Es läßt sich gar nicht absehen, und wird auch nicht von ihm dargelegt, warum absolute, Privatwillkür ausschließende Gesetze, welche nichts geringeres als die gesamte Rechtsanschauung eines Volkes (das reine Rechtsgebiet) zur Quelle einer mit Notwendigkeit jedes Abweichen der Privatfreiheit ausschließenden Kraft haben. In der Tat aber ist diese ganze Unterscheidung an sich selbst eine unhaltbare. Jedes absolute Gesetz ist Gründen des öffentlichen Wohles entflossen; es würde sonst schon gar keine Veranlassung haben, das Abweichen der Privatfreiheit auszuschließen, und jedes dieses Abweichen ausschließende Gesetz wird daher auch von den Römern mit vollem Recht zum jus publicum gezählt (s. oben S. 76, Anm. 1). Als absolute, nicht zwingende Gesetze zählt Savigny auf: die Gesetze über die Ein-

Endlich ist ersichtlich, daß nach Savignys eigener Formel vom Dasein der Rechte, wenn dieselbe, wie in der von uns entwickelten Theorie geschehen, zu ihrem eigenen Selbstverständnis gebracht und in ihre

---

schränkung der Handlungsfreiheit wegen des Alters, des Geschlechtes usw.; ferner die Gesetze über die Formen der Übertragung des Eigentums (ob durch bloßen Vertrag oder durch Übergabe). Die Gesetze über die Handlungsfähigkeit der Unmündigen wurzeln aber in der staatlichen Vorsorge, daß Unreifheit der Vernunft nicht gemißbraucht und daß der Ruin der Personen vor entwickelter Denkfähigkeit verhindert werde, sind also polizeilichen Charakters und durchaus mit Gründen des öffentlichen Interesses zusammenhängend. Dasselbe ist der Fall bei Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit des weiblichen Geschlechtes, während Gesetze über die Handlungsfähigkeit von Ehefrauen auf der eheherrlichen Gewalt und somit ganz offenbar auf sittlichen Anschauungen vom Dasein der Familie und ihrer Einheit beruhen, wie denn überhaupt alle gesetzlichen Vorschriften über die Personengewalt in schlechthin zwingenden Anschauungen des öffentlichen Rechtes wurzeln. Die Vorschriften, daß Eigentum nur durch schriftlichen Vertrag oder resp. nur durch dazutretende Übergabe gültig übertragen werde, haben wie alle Formsolennitäten zunächst schon den Grund: die Unzweideutigkeit des Willens zu manifestieren und zu gewährleisten, und beruhen schon deshalb, wie alle Bestimmungen, deren Zweck es ist, das Dasein des freien Willens gegen ungewollte Aufhebung seiner sicherzustellen, auf der Anschauung von der persönlichen Freiheit, die also im höchsten Maße Sache des öffentlichen Interesses ist. Hätte ein absolutes Gesetz dieser Art selbst keinen anderen Grund als den ganz positiven, daß in einem Gebiete eine beliebige einheitliche Regel herrschte, um die Möglichkeit der Verwirrung auszuschließen oder doch Vereinfachung zu erzielen — und diesen Grund müßte doch zum mindesten ein Gesetz haben, welches so weit geht, jede Abweichung der Privatfreiheit auszuschließen —, so sind ja derartige äußerlich-positive Gesetze gerade solche, welche, wie die Römer dies nann-

Wahrheit erhoben wird, jenes Gesetz sich rechtfertigt. Was Savigny innerlich stört, ist, obwohl er dies nicht in dieser Weise ausspricht, offenbar dies, daß Zinsen für Darlehen noch weiter ausbedungen werden können, das Gesetz über die Zinsenhöhe sich ihm daher als ein Gesetz über die Gültigkeit an sich erlaubter Handlungen und somit über den Erwerb von Rechten darstellt. Wenn aber das Recht, Zinsen auszubedingen, weiter existiert, so ist doch das Recht: mehr als sechs Prozent zu

---

ten, propter necessitatem oder utilitatem und contra rationem juris gegeben sind, und deshalb, weil nur um des öffentlichen Nutzens willen vorhanden und von polizeilichem Charakter, am meisten zwingender Natur sind (vgl. hierzu Savigny selbst, I, 61, und VIII, 35). — Das einzige Element, das Savigny noch bei seinen, dem reinen Rechtsgebiet entflossenen und deshalb nicht-zwingenden, absoluten Gesetzen im Auge haben kann, ist somit das eigentlich logisch-juristische Element. Aber gerade hier läßt sich am wenigsten absehen, warum eine Vorschrift, die einem Volksgeist mit solcher absoluter Notwendigkeit den logischen Denkgesetzen selbst zu entfließen scheint, daß jede Abweichung ausgeschlossen ist, für weniger zwingend gelten sollte, als die Gesetze sittlichen, polizeilichen und ökonomischen Inhaltes. Eine solche Forderung würde darauf hinauslaufen, daß es ein Volk mit den Gesetzen seiner gesamten Denktätigkeit überhaupt, mit seiner Vernunft-Notwendigkeit selbst, weniger streng nehme als damit, was ihm in einem besonderen Gebiete erforderlich erscheint, und würde um so unmöglicher sein, als vielmehr die Gesetze sittlichen, ökonomischen, polizeilichen Inhaltes usw. nur eine Anwendung jener logischen Denktätigkeit des Volksgeistes auf die besonderen Felder und Gebiete seines Daseins und auf besonderen Stoff darstellen. Die Römer haben dies sehr wohl gefühlt und deshalb stets den aus diesem logisch-juristischen Element hervorgegangenen absoluten Gesetzen eine ebenso zwingende und vernichtende Kraft eingeräumt, als irgendwelchen anderen. So ist es, um dies an einem Beispiel klar zu machen,

nehmen, untergegangen. Dies bestimmte Recht — es ist natürlich gleichgültig, daß es in diesem Fall eine quantitative Grenze ist, an der sich die qualitative Bestimmtheit des Rechtes ändert und Zins in Wucher übergeht — existiert überhaupt nicht mehr. Und es muß daher vielmehr gesagt werden, daß dies Gesetz, bei richtiger Auffassung dieser Formel, das Dasein der Rechte betrifft.

Auf gleicher Linie wie das Zinsgesetz steht auch die Aufhebung der lex commissoria durch Kaiser Konstan-

---

eine rein aus dem logisch-juristischen Elemente hervorgegangene absolute Rechtsregel, daß, was ohnehin schon mein ist, nicht noch mehr mein werden und deshalb niemand stipulieren kann, daß ihm eine ihm ohnehin schon gehörige Sache gegeben werde (L. 82 de v. o., 44, 1; Inst. de actionibus, VI, § 14; Inst. de legatis, XX, § 10; L. 159 de r. j., 50, 17). Dem wird nun zunächst die zwingende Folge gegeben, daß, wenn die Sache zur Zeit der Stipulation eine fremde und die Stipulation also utilis war, dieselbe, wenn ich inzwischen das Eigentum an der Sache erlange, hierdurch faktisch rückwirkend vernichtet wird (Inst. de inutil. stipulat., XIX, § 2). Es war nur eine weitere Anwendung jener Regel, daß der Eigentümer der Sache den Nießbrauch nicht besonders erlangen kann (L. 5 Si usufr. pet., VII, 6 u. a. a. St.). Dem gab man die zwingende Folge, daß das frühere Legat des Nießbrauches an einer Sache durch den späteren Erwerb des Eigentumes an derselben durch den Legatar vernichtet werde, und Julian hält dies mit Recht so fest, daß, wenn mir der Nießbrauch an einem Grundstück pure vermacht ist, das nackte Eigentum an demselben aber sub conditione dem Titius, und ich während der hängigen Bedingung das Eigentum erwerbe, darauf aber die Bedingung eintritt, Titius jetzt nicht nur das nackte Eigentum, sondern Eigentum und Nießbrauch am Grundstück haben will, weil mein Nießbrauchsrecht durch den Erwerb des Eigentums einmal zugrunde gegangen ist und Titius also, da der Nießbrauch nicht mehr vom Eigentum getrennt ist, dasselbe als volles Eigentum erwirbt.

tin. Es war bis dahin erlaubt, eine Sache dem Gläubiger mit der Verabredung zu verpfänden, daß sie ihm, wenn er nicht bis zu einer bestimmten Zeit befriedigt sei, zum Eigentum verfallen sein solle. Konstantin verbot diese „asperitas", von der er dabei selbst sagt, daß sie mehr als andere zu Beraubungen Anlaß gab, und zwar so, daß dies Verbot auch die bereits getätigten Pfandverträge dieser Art infirmieren sollte[1]). Es kann nicht wundernehmen, wenn Savigny (VIII, 423) und überhaupt alle, welche in bezug auf das besprochene Zinsgesetz der von uns widerlegten Meinung sind, hierin gleichfalls eine Ausnahme und eine Verletzung der Grundsätze erblicken[2]).

Wenn es aber leicht möglich ist, die Kaiserkonstitutionen der Eigentümlichkeit und Willkürlichkeit beschuldigen zu wollen[3]), oder besondere faktische Umstände und

---

[1]) L. 3 C. de pactis pignor. (8, 35): „Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescerit asperitas, placet *infirmari* eam, et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis *igitur* (dies igitur führt das Nachfolgende als eine selbstredende Konsequenz des infimari ein, nicht als eine zusätzliche Ausnahme) tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim, re amissa, jubemus recuperare, quod dederunt."

[2]) In welcher Hinsicht man aber mit Recht — je nachdem man das Gesetz interpretiert — in demselben eine Rückwirkung finden könnte, werden wir im folgenden Paragraphen sehen.

[3]) Ein flagrant rückwirkendes Gesetz ist z. B. die L. 23 C. de SS. eccl. (1, 2), durch welche Justinian den Kirchen und frommen Stiftungen das Privilegium erteilt, daß erst in hundert Jahren (statt in dreißig) Verjährung ihrer Klagrechte eintreten solle. Denn am Ende dieses Gesetzes sagt Justinian: „Haec autem omnia observari sancimus in iis casibus qui vel postea fuerint nati, vel jam in judicium deducti sunt." Merkwürdigerweise ist es gerade diese Verleihung der hundertjähri-

Rücksichten statt Rechtsregeln als den Grund ihrer Veranlassung anzusehen, so wird diese Auffassung doch bei den Juristenentscheidungen des Pandektenrechtes von selbst nicht möglich sein.

Wenn es daher gelänge, das von uns entwickelte Prinzip als Grundsatz des Pandektenrechtes nachzuweisen, so würden wir demselben die letzte und vollständigste Sicherstellung gegeben haben, welche überhaupt denkbar ist.

Und obgleich die Pandekten auf den ersten Blick nirgends eine Entscheidung über das enthalten, was bei einer Veränderung im Gesetze einzutreten habe, wie mindestens bisher von allen Autoren stets angenommen[1]) und häufig beklagt wurde, wird es, so paradox diese Versicherung zunächst erscheinen mag, nichtsdestoweniger gelingen, diesen Nachweis mit vollster Evidenz zu erbringen! Und sicherlich wird derselbe der Mühe seiner Führung lohnen.

Wir müssen zu diesem Zweck zuvörderst einen Blick auf das sehr analoge Prinzip werfen, welches die Pandekten für faktische Veränderungen bei Vertragsverhältnissen aufstellen. Dasselbe lautet nun bekanntlich in ganz allgemeiner Fassung und in sehr zahlreichen Stellen dahin, daß bei Verträgen immer auf den Anfang zu sehen sei (ad initium spectandum) oder auf die Zeit, wo wir

---

gen Verjährung an die Kirchen, welche Procopius als einen speziellen Fall für seine Behauptung anführt, daß sich Justinian durch Bestechung habe zu dem Erlaß von Gesetzen bewegen lassen (Anecdot., c. 28 und c. 13, 14 ib.). War das Gesetz selbst ein erkauftes, so ging dann natürlich auch die Rückwirkung um so leichter mit in einem hin.

[1]) Das Gesetz des Theodosius gilt daher als die älteste Entscheidung des römischen Rechtes hierüber, siehe Savigny, VIII, 392, 394.

kontrahieren (tempus quo contrahimus)[1]). Oder wie z. B. der Kaiser Alexander dasselbe ausdrückt[2]):

„Id quidem, quod jure gestum est, revocari non potest."

Es erhellt von selbst, daß, so oft vor oder nach Savigny der Grundsatz desselben ausgesprochen wurde, daß eine Veränderung in der Gesetzgebung auf die bestehenden Verträge nicht influieren könne, vielmehr „das Recht eines Vertrages stets nach dem Gesetz, welches zur Zeit des geschlossenen Vertrages bestand", zu beurteilen sei, dies immer, bewußt oder unbewußt, eine analoge Anwendung desselben Gedankens war, welchen die Pandekten für den Fall tatsächlicher Veränderungen bei Vertragsverhältnissen feststellen.

Allein diesem Prinzip diametral gegenüber finden wir in den Pandekten auch bereits das direkt entgegengesetzte Prinzip, welches uns Marcellus in folgender Weise berichtet[3]):

„— — et maxime secundum illorum opinionem qui etiam *ac quae recte constiterunt resolvi putant, quum in eum casum inciderunt, a quo non potuissent consistere.*"

Aus den Worten, mit welchen Marcellus diesen Grundsatz anführt (secundum *illorum* opinionem qui putant) ergibt sich bereits, daß derselbe — in dieser abstrakten Form — auf starken Widerstand gestoßen haben müsse, und

---

[1]) Siehe z. B. Ulpian und Labeo in der L. 8 mandati (17, 1) praef.: „— uniuscujusque enim contractus *initium* spectandum et causam." Paulus in der L. 78 de v. o. (44, 1): . . . ‚quia in stipulationibus *id tempus* spectatur, quo contrahimus." Julian in der L. 58 pro socio (17, 2): „. . . initium enim in his contractibus respiciendum" usw.

[2]) L. 3 C. de confirm. tutor. (5, 29).

[3]) L. 98 de v. o. (45, 1).

Paulus scheint ihn geradezu zu leugnen in seinem Ausspruch[1]:

„*Non est novum,* ut, quae semel utiliter constituta sunt, *durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium coepere non potuerunt.*"

Allein derselbe Paulus klärt uns anderwärts weit richtiger darüber auf, welches der wahre Sinn und Umfang dieses Widerspruches sei[2]:

„Etsi placeat, extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, *non tamen hoc in omnibus verum est.*"

Und in der Tat verfährt er geeigneten Ortes ebensowohl nach dieser Regel[3], wie Marcellus in der zuerst bezogenen Stelle. —

Nicht weniger bringt Modestinus dieselbe in Anwendung[4]:

„Et ideo si quis fundum habens viam stipuletur et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem *in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit.*"

Ganz ebenso bestimmt wie Modestinus äußert sich Marcian darüber:

„Item si servo alieno quid legatum fuerit, et postea a testatore redemtus sit, legatum extinguitur; *nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur*[5]."

---

1) L. 85, § 1, de reg. jur. (50, 17).

2) L. 140, § 2, de v. o. (45, 1).

3) Z. B. L. 136, § 1, de v. o. (45, 1): „Si, qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, *postea* fundum partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit, *evanescit stipulatio.*

4) L. 11 de servitut. (8, 1).

5) L. 3 de his quae pro non scriptis (34, 8).

Und derselbe nochmals anderwärts:

„— quia in eum casum res pervenit, *a quo incipere non potest*[1]).“

und zwar tritt hier dies Prinzip nur als der Grund auf für eine in der unmittelbar vorhergehenden L. 15 daselbst gegebene Entscheidung Ulpians. Dieser verfährt übrigens gleichfalls ganz ausdrücklich nach demselben[2]):

„Si a me fuerit arrogatus, qui mecum erat litem contestatus, vel cum quo ego, solvi judicium Marcellus libro tertio Digestorum scribit, *quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere.*“

Es erhellt hieraus also, daß, wie ohnehin von selbst klar gewesen wäre, der Einspruch sich nur gegen die Allgemeinheit der Regel, nicht aber gegen das Platzgreifen derselben in gewissen konkreten Fällen richtet und richten läßt. Wenn sie aber nur in irgendwelchen Fällen richtig ist, so folgt schon hieraus, daß auch die erste ihr entgegengesetzte Regel, wenn sie auch quantitativ häufiger zur Anwendung zu kommen hat, doch ebensowenig Anspruch auf absolute Wahrheit hat, als die ihr gegenüberstehende zweite; daß beide vielmehr ebenso wahr als falsch sind, was darauf beruht, daß beide dem wahrhaften Begriffe entflossen sind und Momente desselben darstellen, keine von beiden aber ihn in seiner Totalität in sich enthält[3]).

---

[1]) L. 16 ad L. Aquil. (9, 2).

[2]) L. 11 de judic. (5, 1). Vgl. endlich § 6, Inst. de nox. act. (4, 8): „Unde si alienus servus noxam tibi commiserit, et is postea in potestate tua esse coeperit, intercidit actio quia *in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit.*

[3]) Es ist überhaupt der abstrakten Form der Regel ganz unmöglich, den Begriff in dem wahrhaften Reichtum seiner Bestimmungen und der Einheit seiner Momente in sich zu

Auch dieser zweite Grundsatz — dieser also, daß der Vertrag hinfällig wird, wenn ein solcher Fall eintritt, in welchem der Vertrag, falls er nicht geschlossen wäre, auch gar nicht mehr geschlossen werden dürfte — ist in den Pandekten zunächst nur in Hinsicht auf faktische Veränderungen aufgestellt.

Gleichwohl müssen wir unsere volle Verwunderung aussprechen, daß noch niemand daran gedacht hat, bei der Bearbeitung unserer Materie auch auf dies letztere Pandektenprinzip zurückzugehen und es ebenso in analoger Weise — also mit Berücksichtigung des Unterschiedes der etwa zwischen faktischen und rechtlichen Veränderungen stattfindet — auf die Einwirkung neuer Gesetze auf Verträge anzuwenden, wie sich die Lehre, daß beim Rechtswechsel der Vertrag immer nur nach dem Gesetz zur Zeit seiner Schließung zu beurteilen sei, von selbst als die analoge Anwendung jenes ersten, gleichfalls für faktische Änderungen gegebenen Pandektenprinzipes darstellt.

Und diese Verwunderung ist um so legitimer, als nicht nur die Analogie, welche überhaupt innerhalb gewisser

---

fassen. Die Regel kann — als abstrakte Verstandestätigkeit — immer nur das eine der begrifflichen Momente scharf herausheben und isolieren. Hierauf beruht die allgemeine Erscheinung, daß die Regeln, die in den Pandekten aufgestellt werden, so häufig höchst bedenklicher und irreleitender Natur, die danach gegebenen konkreten Entscheidungen aber richtig sind. Es ist nur das Einverständnis des Verstandes, daß er den Begriff, unter dessen treibender Tätigkeit er arbeitet, nie in seiner adäquaten Reinheit herauszuringen vermag, welches sich in den Worten des Paulus ausspricht: „Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat" (L. 1 de r. j. 50, 17), oder in dem bekannten „Omnis definitio in jure civili periculosa" (L. 202 de r. j.).

Grenzen zwischen faktischen und rechtlichen Veränderungen stattfindet, ganz einleuchtend, sondern auch ganz anerkannt ist, und Savigny, wie bereits Bergmann und andere vor ihm, gerade auf diese Analogie ihre ganze Lehre über den Einfluß des Gesetzwechsels auf das Erbrecht gründen, indem sie bei Gesetzesveränderungen zwischen Testament und Tod, Tod ab intestato und Erbanfall usw., fast überall dieselben Regeln zur Anwendung bringen, die nach römischer Lehre bei Änderungen in den tatsächlichen Verhältnissen zwischen Testament und Tod usw. eintreten, und gerade durch diese Übertragung, und sich direkt auf sie gründend, ihre Resultate gewinnen. (Vgl. Savigny, VIII, 450 fg., 461 fg., 484 fg., 488 fg.)

Und sicherlich hätte man jenes zweite von Marcellus, Paulus, Marcianus, Modestinus und Ulpian bekundete Prinzip ebensosehr analog auf den Fall von Veränderungen in der Gesetzgebung angewendet, wie man dies bewußt und ausdrücklich mit den erbrechtlichen Bestimmungen, wie man es in der allgemein gültigsten Weise und häufig selbst ganz unbewußt mit dem ihm entgegenstehenden Prinzip über die bei faktischen Veränderungen allein in Betracht kommende Zeit der Vertragschließung getan, so würde man gerade hierdurch letzteres von seiner Einseitigkeit gereinigt haben, und dadurch zu der ganzen und vollen begrifflichen Wahrheit und — wie für jeden, dem dies noch nicht von selbst einleuchtet, vorläufig als bloße Vermutung ausgesprochen sein mag — ganz zu der Theorie über die Einwirkung von Prohibitivgesetzen auf Verträge gekommen sein, die wir im vorstehenden entwickelt haben!

Allein um diese analoge Übertragung vornehmen zu können, hätte man zuvor innerhalb des Kreises bloß

faktischer Veränderungen klar die allgemeinen Bedingungen feststellen müssen, unter welchen jedesmal das zweite Prinzip zur Anwendung zu kommen hat oder nicht, und also folgeweise das erste platzgreifen muß. Das heißt, man hätte beide Grundsätze in ihrem sich gegenseitig ergänzenden begrifflichen Verhältnis zueinander erkennen müssen. Daß sich das zweite Prinzip, wegen seiner quantitativ weniger häufigen Anwendbarkeit, zu dem ersten wie die Ausnahme zur Regel verhalte, — mit einer solchen Erklärung ist natürlich die Sache weder erkannt noch irgendwie von der Stelle gebracht. Denn es handelt sich dann nach wie vor darum: die begriffliche Bestimmung zu treffen, wo jedesmal die sogenannte eigentliche Regel und wo die Ausnahmeregel zur Anwendung kommen müsse. Aber gerade eben an diesem ersten Erfordernis fehlte es bisher. Umsonst versuchte J. Gothofredus[1]) diese Aufgabe zu lösen, und im Grunde ganz ebensowenig ist dies dem Italiener Averanius gelungen, welcher ihr einige Kapitel seiner Interpretationes Juris gewidmet hat[2]).

Wir beabsichtigen inzwischen unsererseits nicht, uns dieser Aufgabe hier in direkterer Weise zu unterziehen, als durch die Elemente von selbst geschehen ist, die im vorstehenden für dieselbe bereits geliefert sind und im Verlauf noch geliefert werden sollen. Wir beabsichtigen dies nicht, weil einmal hierzu, für so lösbar wir diese Aufgabe halten und so sehr die Lösung derselben in dem bisherigen und ferneren Inhalt dieses Paragraphen, sowie in dem des § 10 an sich bereits vollbracht

---

1) Im Tit. de r. j., L. 85, § 1.

2) Jos. Averanius, Interprett. Juris, lib. IV, c. 20—26, 3. Ausg. (Leyden 1753), II, 764—841.

sein dürft[1]), zu ihrer Heraushebung eine besondere Zusammenstellung erforderlich wäre, deren wir, wie sich bald zeigen wird, für unseren Zweck zunächst nicht mehr benötigt sind, und ferner, weil selbst das Resultat einer solchen Nachweisung, als nur für Veränderungen in den tatsächlichen Verhältnissen maßgebend, noch nicht ohne weiteres auf die Veränderungen in der Gesetzgebung zu übertragen wäre. Denn so weit wir davon entfernt sind, jede Analogie zwischen diesen beiden Arten von Veränderungen zu leugnen, so wenig findet doch Identität zwischen beiden statt, oder vielmehr es findet Identität und Unterschied zugleich statt, und beide würden durch eine neue Entwickelung erst wieder sehr sorgfältig auseinander zu halten sein. Wir werden in dieser Hinsicht später sehen (in den Anwendungen, Nr. VI), daß Savigny zu vielen irrigen Resultaten beim Erbrecht eben dadurch gelangt, daß er den bestimmten Unterschied der begrifflichen und rechtlichen Wirkungen, welche den tatsächlichen und gesetzlichen Veränderungen zukommen, sich nicht entwickelt, und beide, wie dies bei der unklaren Kategorie der „Analogie“ stets widerfährt, als analog behandelt hat in Punkten, in welchen sie durchaus begrifflich auseinandergehen.

[1]) Und freilich muß diese Lösung auch durch unsere Arbeit vollbracht sein. Denn der Gedanke, warum und inwiefern der Rechtswechsel frühere Rechsverhältnisse aufheben kann, ist mit der Frage, warum tatsächliche Veränderung dies nicht vermag und wo auch sie es vermag, innerlich so konnexer Natur, daß sich der erste gar nicht aus seiner spekulativen Tiefe entwickeln läßt, ohne durch das hieraus über die innerste Gedankennatur des Rechtes sich ergießende Licht auch die zweite Frage und ihre begrifflichen Unterschiede in vollkommene Helle gestellt zu haben.

Diesen begrifflichen Unterschied zu entwickeln, welcher den Wirkungen tatsächlicher und rechtlicher Veränderungen zukommt und die Rechtsverschiedenheit dieser Wirkungen bestimmt, halten wir nun allerdings für eine unabweisbare Aufgabe eines jeden, der unsere Materie gründlich zu lösen beabsichtigt. Und so wenig einer unserer Vorgänger auch nur den Versuch dazu gemacht hat, so werden wir dennoch in § 10 genötigt sein, diesen Unterschied aus seiner begrifflichen Tiefe heraus zu entwickeln. — Allein gegenwärtig ist dies noch nicht erforderlich.

Denn die Pandekten enthalten — und ebendeshalb ist es für unseren jetzigen Zweck völlig überflüssig, die bezeichneten Erörterungen hier vorzunehmen — in den Entscheidungen, welche sie unter der Einwirkung des zweiten Prinzipes von der nachträglichen Hinfälligkeit der Obligationen geben, mindestens einige Fälle, in welchen die eingetretene Veränderung nur ganz scheinbar einen Wechsel in den *tatsächlichen* Verhältnissen, in Wahrheit aber einen Wechsel in den *rechtlichen* Verhältnissen, eine Veränderung in der *Gesetzgebung* darstellt!

Wenn eine Sache verkauft wurde und nach abgeschlossenem Verkauf, aber noch ehe die Tradition an den Käufer erfolgte, ohne die Schuld des Verkäufers in irgendeiner Weise zugrunde ging, so bleibt nach römischer Lehre der Verkauf bestehen und der Verkäufer[1]) hat das Recht, den verabredeten Kaufpreis vom Käufer zu fordern. Die Sache ist auf Gefahr des Käufers zugrunde gegangen, ohne daß dadurch der Verkaufsvertrag entkräftet wird.

---

[1]) Denn er hat den Käufer in obligatione, und diese obligatio ist nicht zugrunde gegangen.

Die Institutionen enthalten diese Lehre auf das ausdrücklichste[1]):

„Quum autem emtio et venditio contracta sit (quod effici diximus simulatque de pretio convenerit, quum sine scriptura res agitur) periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae vel aliqua ex parte incendio consumatae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse coeperit; *emtoris damnum est*, cui necesse est *licet rem non fuerit nactus, pretium solvere*; *quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est.*"

Ebenso bestimmt wird diese Lehre in den Entscheidungen der Pandekten vorgetragen, z. B. von Julianus[2]):

„Mortuo autem homine perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset, utpote quum venditor *liberetur* et *emtori homo pereat;* quare, nisi justa conventio intervenerit, actiones ex emto et vendito manebunt"

und von anderen[3]).

In allen diesen Fällen des Unterganges bestand derselbe in dem Eintreten einer Veränderung in den tat-

---

[1]) Inst. § 3 de emtione et venditione (3, 23).

[2]) L. 5, § 2 de rescind. vendit. (18, 5).

[3]) Paulus in der L. 21 de heredit. vel act. vend. (18, 4). Celsus in der L. 16 de condictione causa data c. n. s. (12, 4), der nicht beim Verkaufskontrakt, sondern nur bei der Obligation ob rem datam non secutam ein anderes annehmen will, und endlich die Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximinian L. ult. C. de pericul. et comm. rei vend. (4, 48).

sächlichen Verhältnissen der Sache. Er war rein faktischer Natur. Diese Veränderung berührt also den gültigen Fortbestand des Kontraktes nicht.

Wie aber, wenn eine verkaufte Sache vor der Tradition — und zwar ohne Schuld des Verkäufers — *extra commercium* erklärt worden ist? Wenn also ein Grundstück publiziert worden, oder eine Sache zur res sacra vel religiosa erklärt worden, oder ein fremder Sklave, den ich verkauft habe, freigelassen worden ist?

Konstatieren wir zunächst, daß diese Art von Veränderung keine bloß faktische mehr ist, sondern eine solche nur scheinbar, in der Tat aber eine Veränderung rechtlicher Natur, eine Veränderung in der die Sache betreffenden Gesetzgebung darstellt.

Veränderung in der Gesetzgebung besteht bekanntlich, zum Unterschied von der faktischen Veränderung, darin, daß, während die Sache in ihren tatsächlichen Verhältnissen dieselbe geblieben, nur die Rechtsregel, unter welche sie zu subsumieren ist, eine andere geworden ist.

In der Tat ist es dies, was in jenen Fällen vorliegt. Das ihnen anklebende Moment faktischer Veränderung besteht lediglich darin, daß hier für eine individuell-bestimmte Sache[1]) eine neue Rechtsregel erlassen, respektive jene Sache unter eine andere Rechtsregel als ihre bisherige subsumiert worden ist. Diese Veränderung hat somit nur die Natur einer *lex specialis,* die für eine

[1]) Der für den gegenwärtigen Zweck noch gleichgültige begriffliche Unterschied zwischen dem durch faktische Momente vermittelten Rechtswechsel und dem reinen Rechtswechsel wird gleichfalls im § 10 zu seiner Entwicklung gelangen.

individuell-bestimmte Sache erlassen worden ist, aber immerhin also die Natur einer legalen Veränderung. Für die gegenwärtige Frage ist es schlechthin gleichgültig, ob ein bestimmter Garten oder ein gewisser Stichus unter ein neues Gesetz fällt, weil für das ganze Genus, unter welches auch dieser bestimmte Garten und dieser bestimmte Stichus fällt, ein neues Gesetz verkündet worden, oder weil nur für diesen bestimmten Garten und diesen bestimmten Stichus ein solches erlassen worden ist. — Es ist für die uns hier beschäftigende Frage ebenso schlechthin gleichgültig, ob das neue Gesetz eine solche Rechtsregel ist, die bisher noch gar nicht bestand, oder die bisher zwar schon bestand, aber nicht für diese bestimmten Objekte bestand, die jetzt unter sie subsumiert werden. Die römischen Juristen behandeln es daher in ihren bald anzuführenden Aussprüchen mit Recht als ganz auf derselben Linie stehend, ob ein Sklave von seinem Herrn freigelassen oder ob „lege aliqua" eine Sache sakriert oder ein Grundstück publiziert oder ein Sklave freigelassen worden sei usw. Und ebensowenig wird jemand bezweifeln können, daß die Entscheidungen, welche sie für diese Fälle geben, notwendig dieselben bleiben müßten, wenn alle Gärten dieser Art publiziert, alle Sachen dieser Gattung zu res sacrae vel religiosae gemacht, alle Sklaven dieser Beschaffenheit oder alle Sklaven überhaupt freigegeben würden und diese individuellen Objekte nun um des Genus willen, dem sie angehören, unter ihren neuen Rechtszustand zu subsumieren wären.

Am klarsten und einfachsten tritt aber die Wahrheit des Gesagten z. B. daran hervor, daß eine Sache zu einer res sacra bekanntlich immer nur durch ein besonderes Gesetz gemacht werden konnte: Sed sacrum quidem

solum existimatur auctoritate populi Romani fieri; consecratur enim *lege de ea re lata aut senatusconsulto facto*[1]).

So viel ist also hierdurch klar bewiesen, daß die Pandekten, wie man merkwürdigerweise stets unbeachtet gelassen hat, in den angegebenen Fällen gerade solche Fälle setzen und entscheiden, in denen zwischen der Abschließung des Vertrages und seiner Erfüllung ein Wechsel in dem die Sache regierenden Gesetze eingetreten ist.

Und wie entscheiden sie nun die in Rede stehenden Fälle?

Sie entscheiden sie auf das bestimmteste dahin, daß, wenn die Sache zwischen Verkauf und Tradition zu einer res sacra vel religiosa oder publiziert worden ist, im strikten Gegensatz zu dem, was für den Fall ihres faktischen Unterganges in diesem Zeitraum gilt, der Käufer weder die Sache, noch der Verkäufer den Kaufpreis fordern, ersterer vielmehr diesen, wenn er schon gezahlt ist, zurückverlangen kann; daß also hier durch die inzwischen eingetretene Erklärung der Sache zu einer *res extra commercium* der Vertrag selbst nachträglich hinfällig und ungültig wird.

So Paulus[2]):

„Sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam — — — inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri, et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest. *Nam et quum quis rem profanam aut Stichum dari promisit,*

---

[1]) Gajus, II, § 5. — L. 6, § 3; L. 9 de div. rer. (1, 8); Inst., II, 1, § 8; Festus v. Sacer mons, ed. O. Müller, p. 318, 321, und Aelius Gallus daselbst.

[2]) L. 83, § 5, de v. o. (45, 1).

liberatur, si sine facto ejus res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit."

Und so vernichtet ist dann die Obligation, daß sie nicht wieder auflebt, wenn durch ein anderes Gesetz die Sache wieder profan, oder wenn Stichus wieder zum Sklaven geworden, wie Paulus daselbst ausdrücklich weiter erklärt:

„*Nec revocantur in obligationem*, si rursus *lege aliqua* et res sacra *profana esse coeperit*, et Stichus ex libero *servus effectus* sit, quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quot aut dari non possit aut dari possit."

Es zeigt sich also hieran, daß nicht bloß wegen der faktischen Unmöglichkeit die Ausführung der Obligation fortfällt, weil diese dann nur bis zur wiedereingetretenen Möglichkeit sistiert sein müßte[1]), sondern daß die Existenz der Obligation selbst vernichtet wird.

Ebenso bestimmt lehrt dies Africanus für den Fall, daß ein verkauftes Grundstück vor der Übergabe publiziert wird, und fügt noch hinzu, daß auch der schon gezahlte Kaufpreis dann zurückgezahlt werden muß[2]):

[1]) Was, wenn die Unmöglichkeit aus bloß faktischen Gründen eintritt, in der Tat der Fall ist, wie Paulus dies daselbst von dem Schiff lehrt, welches, nach der Obligation von seinem Eigentümer auseinandergenommen, dann aber aus denselben Balken wieder zusammengesetzt worden ist, wodurch die Verpflichtung wieder fortwirkt. Am deutlichsten setzt diesen Unterschied Paulus in der L. 98, § 8, de solut. (46, 3) auseinander: „. . Nec simili argumento usus est, ut si navem, quam tu promisisti, dominus dissolverit, deinde iisdem tabulis compegerit, teneri te; hic enim eadem navis, quam te daturam spopondisti, *ut videatur magis obligatio cessare, quam extincta esse.*"

[2]) L. 33 locati cond. (19, 2).

„. . . nam et si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, *publicatus* fuerit, tenearis ex emto. Quod *hactenus verum* sit, ut *pretium restituas,* non ut etiam id praestes, si *quid pluris mea intersit*[1]), eum vacuum mihi tradi",

worauf Africanus denselben Grundsatz auch auf den Mietsvertrag anwendet[2]).

---

[1]) Es soll also nur der Kaufpreis restituiert und, wenn dieser noch nicht gezahlt ist, überhaupt nichts aus dem Vertrage geleistet werden. Der Vertrag ist also aufgelöst. — Wenn ich dagegen unwissend Grundstücke gekauft habe, die schon zur Zeit des Kaufes publiziert waren, so habe ich allerdings durch die actio ex emto den Anspruch, daß mir das Interesse geleistet werde. Vgl. Modestinus in der L. 62, § 1, de contrah. empt. (18, 1): „Qui nesciens loca sacra vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, *ex emto tamen adversus venditorem* experietur, ut consequatur *quod interfuit ejus,* ne deciperetur." Ebenso Inst. § 5 de emption. vendit. (3, 23). Hier bleibt also die Obligation als solche bestehen und löst sich nur in die noch mögliche Art ihrer Erfüllung auf.

[2]) Diese Stelle des Africanus mußte bisher stets mißverstanden werden und hat deshalb seit jeher und bis auf den heutigen Tag das Kreuz der römischen Juristen ausgemacht, die sich bei der Behandlung des Titels: de periculo et commodo rei venditae nutzlos an ihr zermartert haben! Cujaz wurde durch sie verführt, statt der herrschenden und gar keinem Zweifel unterworfenen Lehre, daß mit dem Kaufkontrakt die Gefahr auf den Käufer übergehe, das Gegenteil derselben aufzustellen (Tract. VIII ad Africanum in L. 23 D. Locati. Opp. I, 1479. und Observ. XXIII, c. 29), ist aber später von diesem großen Irrtum zurückgekommen (Comm. ad Paul. ad Edict., lib. 33, l. 8, de per. et commodo, Opp. V, 513), ohne die Stelle des Africanus damit versöhnen zu können. Die äußerst verunglückten Erklärungen von etwa zweihundert anderen großen Rechtsgelehrten kann man bei Glück, Pandekten, XVII, 133—143,

Und an einer anderen Stelle gibt Paulus nicht nur hinsichts des freigewordenen Sklaven nochmals dieselbe Entscheidung, sondern bezeugt es auch ausdrücklich als die allgemein anerkannte Lehre, daß, wenn

---

nachlesen. „Der bescheidenere Teil der Rechtsgelehrten," sagt Glück, „gesteht zwar, daß Africanus im Falle der Publikation der verkauften Sache von der oben angegebenen Regel des Zivilrechtes abgewichen sei; warum aber? davon lasse sich kein befriedigender Grund angeben." Und so steht die Sache bis heute. So sagt z. B. Vangerow, Pandekten (Marburg 1852), III, 217: „Bei dem Kaufkontrakte wird in einer Reihe von Stellen völlig unzweideutig und bestimmt der Grundsatz ausgesprochen, daß mit dem Augenblick der Perfektion die Gefahr auf den Käufer übergehe, d. h., daß, wenn die Ware kasuell zugrunde gehe, der Käufer dennoch den versprochenen Kaufpreis dafür zu entrichten habe," worauf er dann, als „einige Bedenklichkeit" dagegen erregend, die Stelle des Africanus anführt. Diese angebliche Bedenklichkeit will er dann damit wieder beseitigen: bei dieser Stelle „müsse wohl vorausgesetzt (!!) werden, daß der Grund der Konfiskation schon vor die Zeit des Kontraktes fällt (!!!), so daß die Sache als eine vitiöse erscheint, und deshalb kein Anspruch auf den Kaufpreis begründet ist." Diese Erklärung rührt schon von Voet her; ehe man aber auf so überaus gewalttätige Weise eine Stelle gegen ihren offenbaren Sinn und Buchstabenlaut auslegt, sowie gegen alle Gesetze kritischer Interpretation, welche nicht erlauben, daß man die Schwierigkeit und das Interesse einer Stelle durch verflachende Voraussetzungen los zu werden sucht, ist es besser, sich, wie Glück sagt, zu dem bescheideneren Teile zu stellen und einzugestehen, daß die Sache vorab nicht zu begreifen sei.

Verstanden aber konnte bisher die Stelle nicht werden, da man jene ganze oben entwickelte Theorie der Pandekten übersehen hatte. Mit derselben erweist sich nun die Entscheidung des Africanus als notwendig und als ganz identisch mit den anderen oben angeführten Parallelstellen, andererseits zugleich als der Lehre de periculo et commodo rei venditae

derselbe durch ein neues Gesetz wieder zum Sklaven wird, die Obligation dadurch nicht wiederauflebt[1]):

„... Respondi, si alienum hominem promisi, et is a domino manumissus est, *liberor.* Nec *admissum est quod Celsus ait,* si idem rursus *lege aliqua servus effectus sit,* peti eum posse, *in perpetuum enim sublata obligatio restitui non posse,* et si servus effectus sit, alius videtur esse.

In allen diesen Fällen wird also die Obligation gänzlich vernichtet[2]).

Alle diese Fälle beruhen, wie bereits hervorgehoben ist, auf der gemeinschaftlichen Achse, daß die Sache, welche Gegenstand der Obligation war, nicht faktisch zugrunde ging, sondern *extra commercium* erklärt worden ist.

Unter den *res extra commercium* verstanden aber die Römer bekanntlich nichts anderes als solche Sachen, welche der Unterwerfung unter die Herr-

---

durchaus nicht entgegenstehend, weil die Sache eben nicht faktisch untergegangen, sondern *extra commercium* erklärt worden ist. Das Eigentum an derselben war, da die Übergabe noch nicht erfolgt ist, noch nicht übergegangen. Nur ein Vertrag bestand in bezug auf dieselbe. Da die Sache extra commercium, d. i. außerhalb der rechtlichen Herrschaft des Privatwillens erklärt worden ist, und also nicht mehr Gegenstand desselben sein kann, ist der Vertrag zerstört und Käufer wie Verkäufer haben nun in bezug auf die Sache nichts mehr voneinander zu fordern, oder müssen sich resp. das schon Geleistete herausgeben.

[1]) L. 98, § 8, de solunt. (46, 3).

[2]) Ebenso die Schadenersatz-Obligation aus der L. Aquilia; s. Ulpians Entscheidung in der L. 15 ad Leg. Aqu. (19, 2), oben S. 427/428.

schaft des individuellen Willens entzogen sind (und deshalb auch nicht Gegenstand des Verkehres sein können). Mit anderen Worten: Die res extra commercium sind bekanntlich ganz identisch mit den res quae extra nostrum patrimonium habentur, indem jene Einteilung denselben Gedanken, die Unfähigkeit einer Sache, in die Eigentumssphäre des Privatwillens zu fallen, in bezug auf das Werden, diese in bezug auf das Sein ausspricht[1]).

Das heißt also: „Wir haben in diesen Pandektenentscheidungen nichts anderes vor uns, als die strikte Anerkennung der in diesem Paragraphen von uns auf anderem Wege entwickelten Theorie über die Prohibitivgesetze!

Geht die Sache faktisch unter, so bleibt der Vertrag bestehen; geht aber nicht die Sache, sondern das Recht auf dieselbe überhaupt zugrunde, geht dies zugrunde, daß ein Rechtsinhalt Eigentum sein, d. h. in die Herrschaftssphäre des individuellen Willens hineinfallen darf, so ist der Vertrag selbst, durch welchen dies Recht erworben, veräußert, übertragen wird, kaduk, und zwar ohne weiteres, ohne Anspruch auf Erfüllung, Entschädigung und Interesseleistung kaduk. Evanescit obligatio, resolvitur contractus.

Oder, wie wir dies sonst ausgedrückt haben, ist die Prohibition die totale, daß ein bestimmtes Rechts-

---

[1]) Siehe z. B. Boecking, Einleitung in die Pandekten des römischen Privatrechtes, I, 247: „Denselben Gegensatz, nur wie jene (die res extra patrimonium) aus dem Gesichtspunkt des Habens, sondern aus dem des Erwerbens aufgefaßt, drückt die Einteilung in res quae in commercio sunt aut quarum commercium non est aus."

objekt oder ein genau qualifiziertes Recht überhaupt nicht mehr von der Privatperson besessen werden kann, so sind auch die schon geschehenen Erwerbungen und Stipulationen *eo ipso* hinfällig. Alle Ansprüche auf dies Recht konnten von vornherein nur erworben werden auf die Dauer seines Bestehens[1]).

---

[1]) Hierbei ergibt sich auch noch ein sehr heller, beständiger Blick in die im Anfang dieses Paragraphen entwickelte Natur der Prohibitivgesetze. Warum kann ich nach römischem Recht nicht in gültiger Weise die konditionelle Stipulation treffen: daß ich den (freien) Stichus liefern werde, wenn er durch ein anderes Gesetz zu einem Sklaven geworden sein wird, oder dieses Grundstück, wenn es aus einem sacro vel religioso zu einem profanen geworden sein wird? Daß ich es nicht kann, sagt Paulus L. 83 de v. o., § 5 (45, 1) ganz positiv, und hat sehr recht dabei. Aber die Gründe, die er dafür angibt, sind, wie alle Gründe in den von uns in den letzten Erörterungen betrachteten Stellen, sehr unzureichender und unbeholfener Natur. Er sagt, dies ginge deshalb nicht, quia *nec praesentis temporis obligationem recipere potest* (warum aber? danach wird ja eben gefragt; diese Antwort ist eine petitio principii) et ea dumtaxat quae natura sui *possibilia* sunt, deducuntur in obligationem. Aber möglich bleibt ja ein solcher Gesetzwechsel sehr wohl, wie schon seine Unterstellung durch die römischen Juristen selbst zeigt; möglich bleibt er ganz ebenso gut, als wie daß der Herr das auseinander genommene Schiff wieder zusammensetzt usw. Der Grund ist, wie bei den letzten Erörterungen überhaupt, ein spekulativer, und darum fühlen ihn die römischen Juristen, ohne ihn zutage fördern zu können.

Er ist offenbar folgender: daß ein freier Mensch, ein religiöser Ort usw. verkauft werde, ist prohibiert; d. h. das gesamte Rechtsbewußtsein des Volkes verhält sich ausschließend dagegen. Nun ist das Rechtsbewußtsein des Volkes die alleinige Rechtssubstanz, der einzige

Und jetzt erst, wo wir die von uns auf rein begrifflichem Wege entwickelte und durch so viele andere Beweise belegte Theorie auch als die innerlich den Pandekten zugrunde liegende nachgewiesen und somit durch die Entscheidungen jener römischen Virtuosen der formellen Rechtslogik bewährt haben, deren Virtuosität seitdem nicht wieder ihresgleichen gefunden, halten wir diese Theorie fortan gegen jeden Versuch wissenschaft-

---

Boden, in dem alles Recht überhaupt existiert und Wirklichkeit hat (siehe oben S. 306 fg.). Wenn ich nun die faktische Absicht habe, diesen Menschen oder diesen Ort später, wenn das prohibitive Gesetz aufgehoben sein wird, zu verkaufen, und wenn dies seinerzeit auch ganz zulässig sein wird, wie will ich denn diese faktische Absicht gegenwärtig auf den Rechtsboden übertragen, so daß sie rechtlich wird und mich für das spätere Eintreten des durch die Bedingung bestimmten Falles bindet?

Ich kann diesen faktischen Willen gar nicht auf den Rechtsboden übertragen, ihm nicht rechtliche Wirklichkeit darin geben, weil sich dieser Rechtsboden selbst, das Rechtsbewußtsein des ganzen Volkes, vorläufig repulsiv dagegen verhält, und natürlich ebenso — und noch mehr — zeitweilig repulsiv und ausschließend gegen die Anschauung, daß der gegenwärtige zwingende Inhalt seines Bewußtseins nicht mehr der seinige sein wird.

Meine Stipulation, auch wenn ich sie treffe, bleibt also eine bloß faktisch naturale Absicht, die gar nicht dazu gelangt, in die Rechtssphäre übergehen und somit rechtliches Dasein gewinnen zu können. Weil wegen dieses negativen Verhaltens der Rechtssphäre zu jener Absicht dieselbe in keiner Weise irgend in sie einzudringen vermag, sagt Ulpian sehr richtig: res sacra non recipit aestimationem (L. 9, § 5, D. de div. rer., 1, 8). Übrigens werden wir später Gelegenheit haben, den Fall des Paulus weiter zu betrachten und zu sehen, welcher Unterschiede er fähig ist.

licher Anfechtung für vollständig gesichert, und es bleibt uns zunächst nur noch übrig, in dem folgenden Paragraphen weitere Konsequenzen derselben zu ziehen.

§ 8. Absolute Gesetze. Exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae. Unterschied der obligatorischen und dinglichen Rechte.

Aus dem S. 384 hervorgehobenen Unterschied zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten ergibt sich nun eine Konsequenz über den verschiedenen Einfluß von Prohibitivgesetzen auf die exceptio rei in judicium deductae und die exceptio rei judicatae bei obligatorischen Forderungen.

Die obligatorische Forderung empfängt, wie daselbst bemerkt, ihre bestimmte juristische Natur sowohl aus der Handlung, auf die sie Anspruch gibt, als aus ihrem Erwerbsgrund. Ein Gesetz also, welches verfügt, daß aus einem bestimmten Erwerbungsgrund keine Obligation mehr solle entspringen dürfen, fällt daher in die erste der beiden auf S. 381 fg. unterschiedenen Arten von Prohibitivgesetzen. Es zerstört also die zur Zeit bereits vorhandenen aus diesem Erwerbungsgrund fließenden obligatorischen Forderungen. Es zerstört sie also notwendig auch dann, wenn dieselben bereits vor Erlaß des Gesetzes eingeklagt waren; denn es reicht nicht hin, daß das Recht im Kläger am Tage der Klage vorhanden war, es muß auch noch zur Zeit des Urteils in ihm gegenwärtig sein, um ihm zugesprochen zu werden[1]). So wird z. B., wenn auf Entschädigung wegen Schwängerung geklagt ist, diese Forde-

[1]) Vgl. hierüber Averanius, Interprett. Juris, lib. IV, c. 23, p. 781 sqq., ed. Lugdun. 1753.

rung nicht zuerkannt werden können, wenn während des Prozesses ein Gesetz erscheint, welches Entschädigungsklagen aus diesem Grunde verbietet. Anders dagegen verhält es sich mit der res judicata. Wenn das Prohibitivgesetz nicht die Handlung, auf welche die Obligation Anspruch gibt, also das Rechtsobjekt selbst, auf welches erkannt worden ist, der Unterwerfung unter individuelle Willensherrschaft entzieht und zu einem solchen macht, das nicht mehr besessen werden kann; wenn das neue Prohibitivgesetz vielmehr nur verbietet, daß der Anspruch auf eine an sich zulässige obligatorische Leistung aus einem bestimmten Erwerbungsgrund hervorgehe, so kann dasselbe nur die hängige Klage zerstören, auf das rechtskräftige Urteil aber in keiner Weise einwirken. Es wird also in dem angegebenen Fall die schwängerungshalber einmal rechtskräftig zuerkannte Entschädigungssumme schlechterdings gezahlt werden müssen, wenn auch vor der Exekution ein jeden Rechtsanspruch wegen Schwängerung verbietendes Gesetz erscheint.

Der Grund dieses Unterschiedes zwischen der exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae ist klar. Die hängige Klage erfordert, daß der Rechtsgrund, aus welchem mir ein obligatorischer Anspruch zuerkannt werden soll, noch wirksam sein könne. Bei der res judicata dagegen kommt es gar nicht mehr auf den ursprünglichen Erwerbungsgrund an, weil das Urteil eine Novation enthält (s. oben S. 259 und Anm. 1 das.). An die Stelle des früheren Erwerbungsgrundes ist jetzt ein neuer und selbständiger getreten, das Urteil selbst. Das Prohibitivgesetz, welches verbietet, daß aus einem bestimmten Erwerbungsgrunde Ansprüche von an sich noch ferner zulässiger Natur entspringen, kann also den Inhaber des Judikat nicht mehr treffen; denn dieser

fordert nicht mehr aus dem ursprünglichen Erwerbungsgrunde, dessen Bestimmtheit vielmehr in und durch den neuen Titel zugrunde gegangen ist. Er fordert mit der *actio judicati.* Mit anderen Worten: an die Stelle des qualitativ-bestimmten Erwerbungsgrundes, welcher jetzt prohibiert ist, ist ein Judikat — und ebenso ein Vergleich —, ein durch Willenshandlung überhaupt[1]) konstituiertes Recht getreten. Und da auch das Objekt, auf welches erkannt worden ist — Zahlung einer Geldentschädigung überhaupt —, in dem unterstellten Fall nicht prohibiert ist, so würde die Anwendung des prohibitiven Gesetzes auf die wegen Schwängerung ergangenen Urteile oder Vergleiche eine wahre Rückwirkung und Verletzung des durch zulässige individuelle Willensaktion Erworbenen darstellen.

Prohibitive Gesetze über obligatorische Forderungen werden meistens diese Natur haben, sich nur gegen den Erwerbungsgrund der Obligation zu richten, und werden deshalb die res judicata respektieren müssen.

Gleichwohl sind auch die Fälle nicht selten, in welchen Gesetze das Objekt von Obligationen prohibieren, d. h. die bestimmte Handlung, zu deren Forderung die Obligation berechtigt, für eine solche erklären, auf die ein Anspruch überhaupt nicht mehr besessen wer-

---

[1]) Daher das Prinzip, daß das Urteil wie ein Kontrakt wirkt; siehe Ulpian und Marcellus in der L. 3, § 11, de peculio (15, 1): „. . . nam sicut *in stipulatione contrahitur* ita *judicio contrahi* proinde *non originem judicii spectandam,* sed *ipsam judicati velut obligationem*"; Worte, welche die obige Theorie auf das ausdrücklichste bestätigen.

Daher auch die Folge, daß die actio judicati stets in personam geht, wenn auch die ursprüngliche Klage eine dingliche war.

den kann. In diesem Falle wird also, wie unsere gesamte bisherige Entwickelung gezeigt hat, auch die res judicata durch das Prohibitivgesetz notwendig mit aboliert.

Wenn also z. B. unter einer Gesetzgebung auf Erfüllung von Heiratsversprechen geklagt werden kann und ein rechtskräftiges Urteil hierauf ergangen ist, durch ein neues Gesetz aber Zwangsanspruch auf Heirat als der persönlichen Freiheit zuwider abgeschafft wird, so wird hierdurch auch die res judicata wirkungslos. Denn Zwangsanspruch auf Heirat ist jetzt etwas, das nicht mehr besessen werden, vom Individuum gar nicht mehr zu seinem Eigentum gemacht werden kann, und es greifen daher die Entwickelungen des vorigen Paragraphen platz.

Ebenso wenn ein rechtskräftiges Urteil auf Alimente an ein uneheliches Kind ergangen ist und ein neues Gesetz diese Verpflichtung bei unehelichen Kindern aufhebt. Von jetzt ab wird das Alimentenurteil wirkungslos; denn dasselbe ist nicht so abstrakt aufzufassen, als habe es auf Geldzahlungen im allgemeinen erkannt — in Geld lösen sich freilich fast alle Ansprüche auf —, sondern in seiner bestimmten juristischen Natur: es ist auf Leistung von Alimenten erkannt worden[1]), auf verwandtschaftliche Unterstützung. Das Recht des unehelichen Kindes auf verwandtschaftliche Unterstützung des Vaters ist aber aufgehoben, es kann somit weder erworben

---

[1]) Daß die bestimmte juristische Natur des Anspruches hier qualifizierend in dem Objekt, auf das erkannt worden ist, fortlebt und er deshalb also nicht zur Forderung überhaupt zusammengesunken ist, ist ja unbestreitbar. Darum können z. B. Alimente für insaisissables und für nicht kompensierbar erklärt werden (Cod. civ., Art. 1293; Cod. de proc., Art. 581). Darum erbt der Erbe des Alimentandus die Forderung nicht usw.

noch weiter besessen werden. Was hier prohibiert ist, ist nicht bloß der Erwerbungsgrund des Anspruches, sondern der bestimmte inhaltliche Anspruch selbst, das Objekt, auf welches durch das Urteil erkannt worden ist.

Bei dinglichen Rechten kann der in diesem Paragraphen entwickelte Unterschied zwischen der exceptio rei in judicium deductae und der exceptio rei judicatae nicht eintreten. Und zwar deshalb nicht, weil bei dinglichen Rechten der Erwerbungsgrund nicht, wie bei der Obligation, zur juristischen Natur derselben gehört, sondern zur Gleichgültigkeit der besonderen faktischen Handlung zusammensinkt, durch welche das dingliche Recht erworben worden ist. Es ist schlechthin einflußlos auf die rechtliche Natur des Eigentumes, der Servitut usw., ob ich das Eigentumsrecht durch Erbschaft, Usukapion, Kauf usw. erworben habe (s. oben S. 384). Bei den dinglichen Rechten fällt daher jedes bloß gegen den Erwerbungsgrund prohibitive Gesetz — z. B. daß Eigentum nicht mehr durch Usukapion erlangt werden können solle — mit Notwendigkeit in die zweite der beiden S. 381 fg. dargestellten Klassen von Prohibitivgesetzen, und wirkt daher auch auf die hängige Klage nicht ein, da es nicht einmal auf das bloße entstandene Recht vor der Klageanhängung einwirkt; während andererseits Prohibitivgesetze, welche nicht den Erwerbungsgrund des dinglichen Rechtes, sondern dieses selbst aufheben, oder die eine durch den Erwerbungsgrund zwar vermittelte, aber an dem dinglichen Recht selbst wieder hervortretende nähere Bestimmtheit desselben aufheben (s. oben S. 384 und 386), stets zu denen gehören, die einen Rechtsinhalt außerhalb des Eigentumes erklären und daher auch auf die durch res judicata festgestellten Eigentumsverhältnisse eingreifen.

§ 9. Absolute Gesetze. Auflösung der Formel von den vollbrachten Tatsachen. Der Besitz und sein Wesen. Juris quasi-possessio. Der Personenzustand.

Es muß hervorgehoben werden, daß wir bis jetzt noch kein Prinzip entwickelt haben, welches die durch Zahlung und faktische Ausführung überhaupt einmal zu Ende gebrachten Rechtsverhältnisse gegen die Einwirkung von Prohibitivgesetzen der ersten Art (S. 381 fg.) schützt. Setzen wir z. B., um uns dem im vorigen Paragraphen unterstellten Falle anzuschließen, es sei ein Urteil auf Alimentation eines unehelichen Kindes ergangen und infolge desselben freiwillig auf mehrere Jahre im voraus gezahlt worden. Das Erscheinen eines diese Alimentenpflicht aufhebenden Gesetzes würde, wie wir sahen, das Urteil von jetzt ab entkräften, aber zur Wiederforderung der vorausgezahlten Alimente kann es nicht berechtigen. Dies liegt auch nicht etwa an dem Zurückbleiben einer naturalis obligatio; denn die Folge würde dieselbe sein, wenn das neue Gesetz auch das Dasein einer naturalis obligatio in dem betreffenden Fall nicht anerkennen würde.

Man begründet dies stets damit, daß vollbrachte Tatsachen von neuen Gesetzen nicht berührt werden können, oder, wie Savigny dies ausdrückt — welcher deshalb sogar jede Rechtfertigung dieses Satzes von der Untersuchung über die Rückwirkung der Gesetze zurückweist —, damit, daß das Gesetz nicht Geschehenes ungeschehen machen könne.

Was man mit diesen Sätzen ausrichten will, ist meistens ganz richtig. Allein wir haben schon S. 267 fg. gezeigt, daß der Satz von den vollbrachten Tatsachen theoretisch völlig unhaltbar sei, und haben bereits S. 118 fg. darauf

aufmerksam gemacht, daß, inwiefern das Gesetz Geschehenes ungeschehen machen könne — was an sich sehr häufig im juristischen Sinne geschieht — oder nicht, sich gerade erst als Resultat dieser Untersuchung ergeben könne und müsse.

Wenn also unsere Theorie vollständig sein soll, werden wir, was Prohibitivgesetzen gegenüber bisher noch nicht geschehen, einen anderen, aus unserer Theorie selbst hervorfließenden Grund aufzeigen müssen, welcher dasselbe Richtige vollbringt, was man mit dem Satze von der Unberührbarkeit vollbrachter Tatsachen gewöhnlich auszurichten sucht.

Dieser Grund ist aber kein anderer, als das auch von dieser Seite hervortretende Wesen des Besitzes als eines selbständigen, auf der faktischen Verbindung der Persönlichkeit mit einer Sache beruhenden Rechtes, als welches der Besitz nach der in dem bekannten Meisterwerke Savignys hierfür gegebenen Grundlage nunmehr allgemein anerkannt ist[1]).

Der Besitz als eigenes Recht gründet sich darauf, daß schon die Ineinssetzung der Sache mit einer Persönlichkeit ein rechtliches Band für sich bildet, bei welchem die causa in den Hintergrund tritt. Es ist hier in der Kürze an den Ausspruch Papinians zu erinnern: „... possessio plurimum *facti* habet"[2]) und an den des Paulus: „... in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat[3])."

Aus diesem Wesen des Besitzes ergibt sich für unsere

[1]) Savigny, Das Recht des Besitzes (6. Aufl., 1837); Puchta, Pandekten (5. Aufl., 1850), § 122; derselbe, Kursus der Inst., Bd. 2, § 224.

[2]) L. 19 quibus ex caus. major (4, 6).

[3]) L. 3, § 5, de acqu. vel amitt. possessione (41, 2).

Materie die notwendige Folgerung, daß, solange ein Objekt überhaupt noch besessen werden kann, es gleichgültig ist, ob der Erwerbungs- und Entstehungsgrund dieses noch zulässigen Besitzes durch ein neues Gesetz prohibiert wird.

Das Prohibitivgesetz findet den Besitz, die bereits geschehene Vereinigung der Persönlichkeit mit der Sache, als ein besonderes Recht vor sich, das daher einzig und allein dadurch gebrochen wird und gebrochen werden kann, wenn sich das Prohibitivgesetz statt gegen den Entstehungsgrund des Besitzes, gegen die Fähigkeit eines Objektes, überhaupt besessen zu werden, richtet und also gerade die Möglichkeit desselben, sich in jener Vereinigung mit dem Individuum zu befinden, aufhebt.

Von hier aus ergibt sich auch, inwiefern man dem oben bezogenen, die lex commissoria aufhebenden Gesetz des Konstantin, je nach der Interpretation desselben, in der Tat den Vorwurf der Rückwirkung machen könnte (s. dies Gesetz oben S. 424, Note 1). Durch den Pfandvertrag der lex commissoria wurde eine Sache mit der Bestimmung dem Gläubiger verpfändet, daß, wenn derselbe nicht binnen einer bestimmten Zeit befriedigt sei, ihm dafür die Sache zum Eigentum anerfallen sollte. An und für sich genommen, war dies eventuelle Recht des Gläubigers auf die Sache, als ein irrevokables, schon vom Moment des Vertrages ab ein erworbenes. Aber, wie unsere Theorie gezeigt hat, bloß bis zum Eintreten eines prohibitiven Gesetzes. In der Anwendung dieses Gesetzes auf die bereits bestehenden Verträge, worin die Autoren die Rückwirkung erblicken wollen, ist also, insofern der für die Zahlung der Schuld stipulierte Termin noch nicht eingetreten war, nicht die leiseste Rückwirkung zu

sehen. Anders wenn man annimmt, das Gesetz habe auch auf solche Fälle Anwendung finden wollen, in denen der festgesetzte Zahltermin bereits verstrichen und die Sache somit dem Gläubiger schon zum Eigentum anerfallen war. Denn hier war nun bereits für sich selbständig-feste Ineinssetzung einer Sache mit einer Persönlichkeit einmal eingetreten, die Sache war in den Besitz derselben, gleichviel auf welchen Titel, einmal übergegangen, und es lag also ein finitum atque absolutum vor, das so lange nicht aufgehoben werden konnte, solange die Objekte dieses Besitzes nicht überhaupt für unfähig erklärt wurden, sich im Privatbesitz zu befinden[1]) alicujus in bonis, in patrimonio esse).

Ganz so wie vom Objektsbesitz gilt dies auch von der juris quasi possessio, wiederum nur mit der Einschränkung, daß das Prohibitivgesetz nicht eben dies aufhebt, daß das betreffende Recht sich im Eigentum und somit auch im Besitz des Individuums befinden kann.

Hierbei ist zu bemerken, daß auch der Personenzustand besessen werden kann. Die Freiheit kann vom

---

[1]) Ob das Gesetz in diesem unzulässigen Sinne auszulegen ist, kann zweifelhaft erscheinen. Dafür scheinen die Worte des Gesetzes zu sprechen: . . . hac sanctione respiret, quae cum *praeteritis praesentia quoque* depellit et *futura* prohibet. Soll dies genau genommen werden, so bezieht sich das futura auf die künftigen, das praesentia auf die gegenwärtigen Verträge, und für das praeteritis würden dann nur Fälle übrig bleiben, wo der Zahltermin schon verstrichen und der Eigentumsanfall also schon geschehen war. Allein es ist fraglich, ob das nicht überhaupt bloß als phraseologischer Redeluxus zu nehmen ist. Hierauf weist hin, daß es heißt: Si quis tali contractu laborat, nicht laboraverit; und ferner, daß es am Schluß heißt: *creditores* re amissa usw., während in jenem Falle nicht mehr bloß von Gläubigern, sondern auch von Eigentümern zu sprechen war.

Sklaven durch Ersitzung erworben werden (s. oben S. 147); ebenso kann, unter bestimmten Bedingungen, die Kindschaft ersessen werden (vgl. L. 14 de probat. et praes. [22, 3]. — L. 9 und 22 C. de nuptiis [5, 4]. — L. 14 und 15 C. de probat. [4, 19], und die Vorschriften des Code civil über die possession d'état, Art. 197 und 320 fg.).

Hierauf beruht es, daß jeder durch Willensaktion einmal konstituierte persönliche Zustand auch prohibitiven Gesetzen gegenüber standhält, wenn diese nur den bestimmten Erwerb, nicht aber das Sein des Zustandes prohibieren. Ist also die Ehescheidung einmal eingetreten, so wirkt ein nunmehr erscheinendes Gesetz, welches die Ehe für unauflöslich erklärt, auf die schon Geschiedenen nicht ein, obwohl es das Dasein der Rechte betrifft und also da, wo, wie unter dem Code civil, die Scheidung nicht vom Richter selbst, sondern vom Zivilstandesbeamten ausgesprochen wird, das rechtskräftige, aber noch nicht vollstreckte Scheidungsurteil allerdings außer Kraft setzen würde. Aber der Zustand der Ehelosigkeit ist durch dies Gesetz nicht aboliert, sondern nur ein bestimmter Wiedererwerb desselben durch Verheiratete. Der einmal erzeugte Besitz dieses Zustandes bleibt also, da selbiger noch besessen werden kann, von dem Prohibitivgesetz unberührt.

Hierauf beruht es auch, daß ein neues Gesetz über den Beweis, welchen der Ehemann zur Verleugnung eines in der Ehe geborenen Kindes seiner Gattin führen muß, zwar sofort auf die vorhandenen Kinder einwirkt, wenn der Beweis durch das neue Gesetz erschwert wird, nicht aber, wenn er durch dasselbe erleichtert wird. Wird der zu führende Beweis erschwert, so wird der Ehemann nur in einer vom Gesetz ihm eingeräumten Befugnis getroffen,

von der er bis dahin keinen Gebrauch gemacht hatte. Überdies hat ein solches Gesetz einen streng zwingenden Charakter: Verleugnung des in der Ehe geborenen Kindes soll — außer in den noch übrig gelassen Beweisfällen nicht sein.

Wird dagegen der zur Verleugnung des Kindes erforderliche Beweis erleichtert, so scheint zwar zunächst dasselbe eintreten zu müssen. Auch würde man sich vergeblich mit Merlin (Rép. de Jurisp. v⁰ Effet Rétroact., Sect. 3, § 2, Art. 17, T. 5, p. 550) auf die Regel: Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt [1]) dagegen berufen. Dieses Argument enthält eine petitio principii, da ja im unterstellten Fall der Ehemann das Dasein der jura sanguinis eben in Abrede stellt und sie erst als Resultat des nicht erbrachten Beweises hervorgehen würden. Wenn also dieser Beweis gegen die Schwierigkeit, welche der Grundsatz: Pater est quem nuptiae demonstrant, zur Folge hat, erleichtert wird, so scheint es, daß schon nach der Regel: Fictio fecit veritati, auch diese Erleichterung sofort platzgreifen müsse, zumal es sich einerseits um eine bloße Beweisfrage handelt, andererseits diese Bestimmungen in Gründen des öffentlichen Interesses wurzeln, und daher zum jus publicum gehören.

Allein, wie sich aus dem Vorhergehenden ergibt, wäre diese Folgerung dennoch sehr irrig, und zwar aus folgendem Grunde. Das Kind hat sich durch Willensaktion — welche vermöge der Personenrepräsentation in der Handlung der Eltern gegeben ist (s. oben § 2, A.) — den Zustand der Kindschaft als seinen Besitz erzeugt, und da sich das neue Gesetz höchstens nur gegen die bestimmte Erwerbung, nicht gegen das Dasein dieses Zustandes an

[1]) L. 8 de reg. juris (50, 17).

sich prohibitiv verhalten kann, so kann es auf die Fälle des bereits erlangten Besitzes dieses Zustandes nicht einwirken, das Kind somit denselben nicht anders verlieren, als unter den schon bei seiner Erwerbung vorbehalten gewesenen Beweisbedingungen.

Von hier aus ergibt sich auch erst das theoretische Verständnis vieler römischen Gesetze der Kaiserzeit, die sonst als unregelmäßig erscheinen müßten, jetzt aber wechselwirkend wieder dazu dienen, das Gesagte zu bestätigen. So verordnet z. B. Kaiser Justinus in der L. 7 C. de natural. liberis et matrib. (5, 27), indem er die vorhergehende Lex 6 des Kaisers Anastasius über das Erbrecht der natürlichen Kinder aufhebt, daß in bezug auf diejenigen Kinder, welche nach oder vor jenem Gesetz des Anastas einmal durch Arrogation oder Adoption in die paterna sacra aufgenommen seien, die Adoption oder Arrogation mit ihren Wirkungen bestehen bleiben solle (firma permaneat). „Sint itaque — sagt Justinus — post eandem arrogationem seu adoptionem *sui* et in potestate patrum, successionesque tam ex testamento quam ab intestato capiant, prout in arrogatis seu adoptatis constitutum est." Von jetzt ab aber sollten nur die in legitimer Ehe erzeugten Kinder erben können, und der Vorwand der Arrogation oder Adoption der natürlichen Kinder nicht mehr zustatten kommen.

Da dies Gesetz das Erbrecht betrifft, so könnte man es unregelmäßig und wider die Prinzipien laufend finden wollen, daß es sich nicht auf alle bis dahin noch nicht deferierten Erbschaften anwendet. In der Tat aber würde dies eine große Verkennung der Sache in sich schließen. Das Gesetz handelt nicht über das Erbrecht der legitimen Kinder, welches stets abgeändert werden kann, und ebensowenig über das der natürlichen Kinder als

solcher. Es betrifft vielmehr die Frage, ob unter gewissen Umständen die natürlichen Kinder die Qualität von legitimen erhalten können. Das ihnen nach der Verordnung des Anastas zuerkannte Erbrecht war nur die aus dieser Qualität der sui und legitimi hervorfließende Folge derselben. Insofern nun bereits der Anastasianischen Verordnung entsprechend natürliche Kinder arrogiert und so zu sui gemacht worden waren, hatten sie durch diese einmal eingetretene Verbindung ihrer mit der Qualität der Legimität den Besitz an dieser Qualität erlangt, der ihnen also nicht wieder entzogen werden konnte. — Oder aber man könnte sagen, das Gesetz betrifft eine Frage des Personenzustandes — ob natürliches, ob legitimes Kind — und muß deshalb sofort auf alle Personen zur Anwendung kommen. Aber insofern der Personenzustand durch das Familienrecht vermittelt ist, ist er infolge der Personenidentität nicht eine Befugnis, sondern ein durch individuelle Willensaktion konstituiertes Rechtsverhältnis (vgl. § 2, A.).

§ 10. Absolute Gesetze. *Konvaleszenz* durch *Fortfall* derselben. Unterschied von materieller wie formeller Prohibition. Der *begriffliche* Unterschied von faktischer und rechtlicher Veränderung. Unterschied in den Wirkungen. Die Ratihabition und die Auflösung ihrer sogenannten Ausnahmen in den Unterschied des Begriffes.

Wir haben in den vorhergehenden Paragraphen gesehen, inwiefern durch das Eintreten prohibitiver Gesetze die Wirksamkeit ursprünglich gültiger individueller Willensaktionen auf ihre ihnen von vornherein immanente und aus

dem substantiellen Wesen des Rechtes folgende ideelle Grenze eingeschränkt wird.

Wir haben jetzt, als eine Folge derselben Prinzipien und gewissermaßen als die begriffliche Gegenprobe zu der Richtigkeit derselben, zu zeigen, ob und inwiefern auch umgekehrt durch den Fortfall bestehender Prohibitivgesetze die durch dieselben prohibierten und somit ursprünglich nichtigen Willenshandlungen nachträglich konvaleszieren können.

Wir haben gesehen (S. 443, Note 1), daß der gegen ein Prohibitivgesetz angehende individuelle Wille unter keinen Umständen — auch nicht als bloß konditioneller Wille – ein rechtliches Dasein erlangen kann, sondern schlechterdings als bloß faktischer natürlicher Wille vorhanden ist. Wenn aber dieser natürliche Wille vom Individuum so lange festgehalten wird, bis das Prohibitivgesetz verschwindet, so muß nun, da das einzige ihm bisher entgegenstehende Hindernis fortgefallen ist, dieser bis dahin bloß faktische Wille von jetzt ab auch rechtliches Dasein gewinnen, d. h. die Handlung konvalesziert nachträglich, und man sieht, wie dies, statt eine Rückwirkung und also eine Verletzung der individuellen Willensfreiheit zu sein, vielmehr gerade auf dem Begriff der individuellen Willensfreiheit beruht, welcher, insofern ihm nicht verbietende Gesetze entgegenstehen, die unbedingte Geltung seines Daseins fordert.

Es folgt übrigens aus der angegebenen Begriffsbestimmung von selbst, daß diese nachträgliche Konvaleszenz nur bei dem Vorhandensein von folgenden zwei Bedingungen eintreten kann:

1. wenn das bisherige Prohibitivgesetz den Inhalt einer Handlung, nicht ihre Form, betraf; mit anderen

Worten, wenn es bisher dem Individuum durch die Prohibition schlechthin unmöglich war, einem Willensinhalt rechtliches Dasein zu geben; nicht wenn sich die Prohibition nur auf gewisse Formen der Handlung bezog und andere Formen, um denselben Willensinhalt zu erreichen, übrig ließ;

2. muß, wie bereits bemerkt, der Wille ein fortgesetzter und bis in den neuen Zustand hineindauernder sein. Er darf also nicht in einer bloß einmaligen Handlung vorübergehend zutage getreten sein.

Die Gründe dieser beiden Bedingungen wurzeln im Begriff der Sache selbst und stellen nur seine Entwickelung dar.

Wenn nicht der Inhalt der Handlung ein verbotener war, wenn sich die Prohibition oder zwingende gesetzliche Vorschrift nur auf die Form bezog, und es also dem Individuum schon zur Zeit des prohibitiven Gesetzes freigestanden hätte, durch eine andere Form dem Inhalt der Handlung rechtliche Wirklichkeit zu geben, so kann, da das Individuum dies freiwillig unterließ, gar nicht ein echter bindender Wille bei ihm präsumiert werden. Es muß vielmehr angenommen werden, das Individuum habe nur seinen naturalen, nicht seinen zivilen Willen engagieren wollen. Da es eine vollständige Rückwirkung darstellen würde, wenn dem Individuum nachträglich eine Verpflichtung des bloß natürlichen Willens in eine solche des zivilen, zwingenden Willens umgewandelt wird (s. S. 230 fg.), so bleibt das Individuum, welches auch unter der Herrschaft des prohibitiven Formgesetzes seinen Willen ziviliter hätte binden können und dies nicht gewollt hat, ebendeshalb auch nach Fortfall desselben ziviliter ungebunden. Und man sieht, wie in streng geschlossener systematischer Bestätigung unserer Theorie dieselben

formellen Prohibitivgesetze durch ihre Aufhebung keine Konvaleszenz hervorbringen können, die wir auch in § 7 als jene zweite Klasse von Prohibitivgesetzen kennen gelernt haben (S. 383 fg.), die durch ihr Eintreten keine abrogierende Einwirkung hervorbringen können.

Einige Beispiele mögen zuvörderst das bisher Gesagte teils klarer machen, teils seine empirische Anerkennung nachweisen. Und zwar wollen wir hierbei zunächst von den jedenfalls — wir werden bald sehen, warum — weit schwächeren konvaleszierenden Wirkungen ausgehen, welche der faktische Fortfall von prohibitiven Umständen auf frühere Handlungen nach römischem Rechte nach sich zog.

Wenn der eine Ehegatte noch unmündig war, oder wenn ein Senator eine Freigelassene, oder ein Provinzialbeamter eine Provinzialin zur Frau nahm, so war eine solche Ehe nichtig. Aber wenn der Ehegatte die Pubertät erreichte, der Senator seine Würde verlor, der Provinzialbeamte sein Amt niederlegte, so konvaleszierte[1]) in allen diesen Fällen von jetzt ab die richtige Ehe[2]). Es muß aber ausdrücklich bemerkt werdenden, wie die römischen Juristen besonders hervorheben, es müsse zu diesem Zweck der Wille — im gegebenen Falle also der eheliche Zustand — bis nach dem Eintritt des neuen Ereignisses fortgedauert haben. So Pomponius in der L. 4 ausdrücklich: Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, quum *apud virum explesset* duodecim annos. Ebenso Paulus in der L. 65: tamen post depositum officium, *si in eadem voluntate perseverat,* justas nuptias

[1]) L. 4; L. 27; L. 65, § 1, de ritu nupt. (23, 2).

[2]) Wie wiederum umgekehrt die von Haus aus gültig geschlossene Ehe bekanntlich vernichtet wurde, wenn der eine Ehegatte später Zivität oder Freiheit verlor.

effici etc. Und ebenso ist die Bedingung des Pomponius offenbar auch der Stelle des Ulpianus (L. 27) hinzuzudenken.

Hier treffen also beide obige Bedingungen der Konvaleszenz zusammen: der Wille ist festgehalten worden bis in den neuen von dem prohibitiven Hindernis befreiten Zustand hinein, und das Prohibitivgesetz war auch kein bloß formelles, nur eine bestimmte Form für die Handlung verbietendes oder vorschreibendes, sondern ein diese selbst materiell untersagendes[1]). Ob aber das prohibitive Hindernis dadurch fortfiel, daß der Senator aus dem Senat gestoßen wurde oder daß ein neues Gesetz den Senatoren die Ehen mit Freigelassenen gestattet, ist offenbar zunächst gleichgültig. Die letztere Änderung muß aber vielmehr nur noch stärkere Wirkungen haben.

Es ist von höchstem Interesse, sich den begrifflichen Grund und den dadurch bestimmten Umfang dieser stärkern Wirkung klarzumachen. Hier werden wir denn also den schon in § 7 versprochenen Begriffsunterschied zwischen faktischer und rechtlicher Veränderung entwickeln müssen.

Wenn die Ehe dadurch gültig geworden ist, daß der

---

[1]) Auch Justinian verfuhr in dem von uns entwickelten Sinne. Als er z. B. durch Novelle 117 (Kap. 6 usw.) die Verordnung Konstantins über Eheverbote zwischen gewissen Würdenträgern und gewissen Klassen von Frauenzimmern aufhob, verordnet er im Epilog: Quae igitur praesente hac et in perpetuum valitura lege serenitas nostra definit, in omnibus praedictis casibus obtinere volumus, nisi forte aut sententia judiciali, aut amica conventione decisa sint, quae suum robur habere sancimus. Es sollten also die zur Zeit ihrer Schließung nichtigen Ehen durch den Fortfall des Konstantinischen Prohibitivgesetzes konvaleszieren, wenn sie nur nach der Novelle Justinians gültig waren.

Senator aus dem Senat gestoßen wurde, so hat sich in der Anschauung des bestehenden Rechtsbewußtseins nichts geändert. Die Prohibition wurde dadurch beseitigt, daß von jetzt ab ein Individuum statt in die eine bestimmte Klasse der bestehenden Ehegesetze in eine andere bestimmte Klasse der bestehenden Ehegesetze zu subsumieren ist. Während also das allgemeine Rechtsbewußtsein mit sich durchaus identisch blieb, trat nur eine faktische Änderung seitens des Individuums ein, infolge deren das Hindernis von jetzt ab nicht mehr für es vorhanden ist. Dies hat daher zur notwendigen Folge, daß die Handlung, wenn zu ihrer gültigen Vollbringung keine besondere Form erforderlich ist, sondern der formlose Wille genügt (wie dies bei der nach römischem Recht sola affectione gültig geschlossenen Ehe der Fall ist), erst von jetzt ab gültig wird, konvalesziert. Mit andern Worten: Die vorher, in der Zeit der bestehenden Prohibition bereits erzeugten Kinder bleiben illegitim, und dies wird in sämtlichen oben angeführten Pandektenstellen teils vorausgesetzt, teils ausdrücklich entschieden.

Wenn aber, wie z. B. in dem bald anzuführenden preußischen Gesetze, die Änderung nicht darin besteht, daß ein Individuum jetzt unter ein anderes der bereits bestehenden Gesetze zu subsumieren ist, sondern das prohibierende Gesetz selbst aufgehoben wurde, so ist hier eine Änderung im allgemeinen Rechtsbewußtsein selbst eingetreten.

Jede Handlung aber, die nach der vorhandenen Rechtsidee nicht zu verbieten ist, muß vom Standpunkt dieser letzteren aus als eine der Domäne der individuellen Willensfreiheit durch sich selbst zustehende betrachtet werden. Indem nun durch den Inhalt des gegen-

wärtigen Rechtsbewußtseins die Prohibition aufgehoben ist, erscheint dieselbe jetzt als ein Eingriff in das Gebiet der an sich seienden Berechtigung der individuellen Willensfreiheit oder als eine Verkennung derselben. Sie erscheint notwendig so, denn sie war eine Nichtanerkennung dessen, was das jetzige Bewußtsein als schon an sich vorhanden anerkennt und dadurch jetzt zu einem an und für sich seienden macht[1]).

Das neue, gegenwärtige Rechtsbewußtsein schaut also die früher prohibierte Handlung als eine schon von Haus aus an sich gültige und berechtigte an, aber auch nur als eine an sich berechtigte. Hierin liegt ein Gedoppeltes. Das Recht ist nicht ein Reich des Ansichseins, sondern des Fürsichseins oder der Wirklichkeit. In ihm kann also nur gelten, was bereits durch das allgemeine Bewußtsein als geltend anerkannt worden ist. Wirklich geworden ist aber jene schon ab initio an sich vor-

[1]) Was nicht verboten ist, ist erlaubt, ist ein Satz, der naturrechtliche Gültigkeit haben soll. — Die Aufhebung einer inhaltlichen Prohibition kann niemals die Bedeutung eines rein positiven Gesetzes haben. Die Aufhebung der Prohibition durch das sie aufhebende Rechtsbewußtsein hat also die Bedeutung, nur die Verwirklichung, d. h. die Anerkennung eines schon an sich Vorhandenen zu sein. In diesem Ansich liegt die Notwendigkeit, warum das neue Rechtsbewußtsein die früher prohibitive Handlung (es ist hier überall nur von Prohibitivgesetzen die Rede, welche den Inhalt, nicht die bloße Form einer Handlung betreffen) als eine schon ursprünglich an sich gültige anerkennt. Denn alles im Geiste als an sich seiend Anerkannte wird als ein der Substanz nach von Ewigkeit her so Vorhandenes aufgefaßt. Die Geschichte, und auch das geschichtliche Recht, ist nur Verwirklichung des in der menschlichen Natur an sich oder der Anlage nach von jeher Vorhandenen.

handene Berechtigung der Handlung erst durch das dieselbe anerkennende neue Gesetz, welches die frühere Prohibition aufhob[1]). Die Sache steht jetzt, in ihrer vollständigen Bestimmtheit genommen, also: Diese Ehe ist eine von Anfang an an sich gültige, deren ursprünglich nur an sich seiende und darum nicht rechtlich-wirkliche Gültigkeit jetzt auch anerkannt und wirklich geworden ist. Von dieser Wirklichwerdung ab müssen somit nun alle Folgen einer von Anfang an an sich gültigen Ehe *an ihr hervortreten*. Alle Wirkungen einer schon ursprünglich gültigen Ehe müssen von jetzt ab, wo die Anerkennung der Gültigkeit dieser Ehe durch das allgemeine Rechtsbewußtsein eingetreten ist und ihr hierdurch auch rechtliche Wirklichkeit gegeben hat, an ihr wirklich sein und anerkannt werden. D. h. also: von jetzt ab müssen die während der Prohibition erzeugten Kinder als legitime angesehen werden und in bezug auf alle von jetzt ab noch eintretenden rechtlichen Wirkungen dieses Verhältnisses mit dieser Qualität bekleidet sein. — Und in der Tat wurde durch das bald anzuführende preußische Gesetz vom 27. Februar 1816 verordnet, daß alle die während der Prohibition in den betreffenden Ehen erzielten Kinder „als rechtmäßig eheliche Kinder angesehen werden" sollen.

Aber wir sagten bereits, daß durch diese Auffassung

---

[1]) Die obige Erörterung (vgl. die vorige Note) stellt den wahrhaften Punkt dar, von welchem aus allein das Verhältnis des Naturrechtes zum historischen oder wirklichen Rechte zu begreifen ist. Letzteres bildet nur die prozessierende Verwirklichung des ersteren als seines Ansich, ein Ansich des logischen Begriffes, das aber erst durch das Sicherfassen des historischen Geistes als Recht wirklich wird.

der betreffenden Ehen in ihrer Bestimmtheit, als schon ursprünglich an sich gültige, aber nur an sich gültige Ehen, ein Gedoppeltes gegeben sei.

Das neue Rechtsbewußtsein kann nicht verkennen, daß, wenn es auch diese Ehe als ab initio an sich gültig anerkennt, diese Gültigkeit doch damals, während des ihr entgegenstehenden prohibitiven allgemeinen Rechtsbewußtseins, eben nur an sich vorhanden war, aber keine rechtliche Wirklichkeit hatte. Vielmehr kann die Ehe infolge der rechtlichen Natur des Prohibitivgesetzes (s. S. 443, Note 1) während der Dauer desselben keinerlei (auch nicht einmal ein bedingtes) rechtliches Dasein gehabt haben, ein Boden, von welchem sie vielmehr, wie in der angeführten Note gezeigt ist, schlechthin durch die Natur der Rechtssubstanz ausgeschlossen war. Für jene Zeit der Prohibition kann sie daher auch durch das neue Rechtsbewußtsein keine rechtliche Wirkkeit bekommen. Dies wäre eine begrifflich unmögliche, widerrechtliche Rückwirkung. In bezug auf die Zeit der Prohibition ist auch für diese Ehe nichts dadurch gewonnen, daß sie jetzt durch das gegenwärtige Rechtsbewußtsein als schon damals an sich gültig angeschaut wird. Denn indem diesem „Ansich" damals das allgemeine Bewußtsein entgegenstand, das Recht aber nur als das Reich des Wirklichen, vom allgemeinen Bewußtsein Anerkannten, festgehalten werden muß, so gelangt man immer nur zu dem Resultat, daß auch vom Standpunkt des gegenwärtigen Rechtsbewußtseins aus die Ehe während der früheren Zeit um der ausschließenden Natur des damaligen prohibitiven Bewußtseins willen kein rechtliches Dasein gehabt hat. Die erzeugten Kinder sind und bleiben also, in bezug auf die Zeit der Dauer des Prohibitivgesetzes und die innerhalb dieser Zeit ein-

getretenen rechtlichen Folgen und Wirkungen, schlechterdings illegitim. Das neue Rechtsbewußtsein kann sie auch gar nicht mit Beziehung auf jenen Zeitraum anerkennen (etwa durch gesetzgeberischen Akt), denn es ist eine logische Unmöglichkeit, nachträglich zu bewirken, daß etwas, trotz aller jetzigen Anerkennung seiner früher an sich seienden Gültigkeit, in einer Zeit schon rechtliche Wirklichkeit gehabt habe, in welcher es von dieser vielmehr durch die Natur der Rechtssubstanz, den Inhalt des allgemeinen Bewußtseins, direkt ausgeschlossen war. — Es wird also z. B. in bezug auf die während der Herrschaft des aufgehobenen Prohibitivgesetzes bereits eingetretenen großelterlichen oder anderen Erbschaften, insofern seitens der betreffenden Kinder eheliche Geburt zur Erwerbung der Erbschaft erforderlich war, nichts an der Erbunfähigkeit derselben geändert, auch nicht, wenn der Fortfall des Prohibitivgesetzes und somit der Charakter der Legitimität ab nunc, noch während Prozesse über jene Erbschaften schweben, eintritt, oder wenn er sogar vor jeder Antretung der Erbschaften eintritt, da, wo diese ipso jure durch die Delation erworben werden. Dieselben können vielmehr nur den zur Zeit des Erbschaftsanfalls Erbberechtigten anerfallen bleiben.

In der vorstehenden Erörterung erst sind wir dazu gelangt, allmählich nun auch den wahrhaft spekulativen Begriff in seiner innersten Tiefe entwickelt zu haben, auf welchem sowohl die im § 7 nachgewiesene abrogierende Wirkung des Eintretens von Prohibitivgesetzen auf frühere Verträge, als die im gegenwärtigen Paragraphen entwickelte Konvaleszenz bei dem Fortfall von Prohibitivgesetzen beruhen. Beide Wirkungen sind zunächst rein entgegengesetzte und beide beruhen gleichwohl auf dem gemeinschaftlichen und echt spekulativen Begriff des Geistes,

daß ein an sich Vorhandenes jetzt auch in die Wirklichkeit tritt.

Dort, bei dem Eintreten neuer Prohibitivgesetze, tritt eine an sich seiende Grenze, hier, bei dem Fortfall derselben, eine an sich seiende Berechtigung in die Wirklichkeit über. Weil der Geist dies sein Setzen nicht als willkürliches oder zufälliges, sondern nur als Heraussetzen eines schon an sich in ihm vorhandenen substantiellen Wesens auffaßt, dies Wesen somit als sein eigenes Ansich auch in alle seine geistigen Handlungen an sich schon übergegangen war und in ihnen enthalten ist, tritt bei der Wirklichwerdung dieses Ansich, auch in seinen früheren Handlungen diese Wirklichwerdung von jetzt ab ein, d. h. die Wirkung des neuen Gesetzes *ab nunc* tritt an ihnen hervor[1]). — Weil sie aber erst von jetzt ab

[1]) Hier zeigt sich also der wahre Gedanke der subtilis divisio (der Veränderung) juris et facti, wie sich Justinian (L. 25 C. de donationibus inter etc. 5, 16) einmal ausdrückt. Bei der faktischen Veränderung tritt eine Geltung ein, die früher nicht schon an sich vorhanden war, vielmehr nur durch zufälligen Wechsel in den Verhältnissen eines Individuums hervorgebracht wird, eine bloß gesetzte, nicht (aus dem Wesen des Geistes) herausgesetzte Veränderung. Einerseits hat dies, da jetzt immerhin das Individuum unter die Herrschaft eines anderen Gesetzes tritt, mit der Rechtsveränderung das Gemeinsame, daß auch die frühere Handlung, aber nur dann von jetzt ab konvalesziert, wenn für das gültige Dasein derselben vom Gesetze nichts anderes als ein bloß formloser Wille gefordert wird (wie also bei der römischen Ehe, oder, wie wir bald an einem anderen Beispiel zeigen werden, bei dem römischen Fideikommiß, wenn der Wille zu diesen Handlungen noch jetzt vorhanden ist, so daß man also hier dies so darstellen kann, als entstünde jetzt erst eine neue Ehe, ein neues Fideikommiß); andererseits hat diese faktische Ver-

hervortritt und das Recht als solches nicht das Reich des Ansich, sondern des im allgemeinen Bewußtsein Wirklichen, Geltenden ist, so müssen die während des bloßen Ansichseins der neuen Bestimmungen bereits vollendeten Wirkungen dieser Handlungen auch durch das damals Wirkliche, also das frühere Recht, bestimmt bleiben.

Von hier aus ist erst in ihrem letzten Grunde die ganze Notwendigkeit ersichtlich, vermöge welcher die vor dem Zinsmaximumgesetz erfallenen Zinsen noch weiter einklagbar[1]), das von dem Sklaven vor Aufhebung der Sklaverei Erworbene Eigentum des Herrn, wie andererseits die vor der Aufhebung des prohibitiven Ehegesetzes erzeugten Kinder in bezug auf die bis dahin anerfallenen Erbschaften illegitim bleiben.

Um nun ferner zuvörderst noch einige Beispiele von Konvaleszenz durch faktische Änderung im römischen Recht zu bringen, so ist daran zu erinnern, daß, wenn ein in väterlicher Gewalt befindlicher Sohn, ein Deportierter oder ein Sklave, welche alle drei zu jeder letztwilligen Verfügung unfähig, ein Fideikommiß (im römischen Sinne) bestellt, dann aber emanzipiert, in die Zivität restituiert

änderung von der Rechtsveränderung das Unterscheidende, daß bei ihr die Wirkungen der früher bereits entstandenen Tatsachen nicht nur für die Vergangenheit bestehen bleiben, sondern auch von jetzt ab weiter fortdauern, also z. B. die bis jetzt erzeugten Kinder illegitim bleiben, oder ein Testament, das während einer faktisch (durch wiedererlangte Vernunft, Aufhebung der Deportation, Freilassung) beseitigten Unfähigkeit errichtet würde, auch nach der erlangten Fähigkeit ungültig bleibt. (Vgl. Anwendungen, wo der Unterschied zwischen der rechtlichen und faktischen Veränderung weiter untersucht werden wird.)

[1]) Vgl. oben S. 410 fg.

oder freigelassen wird, das Fideikommiß konvalesziert[1]; und natürlich würde ein die Unfähigkeit aufhebendes Gesetz mindestens ebenso große Wirkung haben, wie die Beseitigung derselben durch Herstellung der Zivität oder Freilassung. Selbstredend wird hier von Ulpian die Bedingung wiederholt, der auf das Fideikommiß gerichtete Wille müsse bis in den neuen von der Prohibition freien Zustand fortgedauert haben: videlicet si *duraverit* voluntas post manumissionem ... si modo in eadem voluntate *duravit.*

Teilweise bestätigend, teilweise aber auch abweichend, scheint sich zu dem Vorigen das preußische Gesetz vom 27. Februar 1816 zu verhalten. Durch dasselbe wurde verordnet, daß die in Rheinland wie in Westfalen während der Fremdherrschaft durch priesterliche Trauung vollzogenen Ehen gültig sein und die daraus erzeugten Kinder als eheliche angesehen werden sollen, wenn auch die von dem französischen Gesetzbuch unter Strafe der Nichtigkeit für Eheschließung vorgeschriebenen zivilrechtlichen Formen nicht beobachtet worden seien.

Wenn also hier, zumal in bezug auf Westfalen, wo bekanntlich das preußische Landrecht wieder eingeführt worden war, eine Konvaleszenz im obigen Sinne vorliegt, so scheint insoweit eine Abweichung von dem von uns Gesagten stattzufinden, als es den betreffenden Parteien doch auch unter der Herrschaft des Code civil freigestanden hatte, mit Beobachtung der daselbst vorgeschriebenen Formen eine gültige Ehe zu schließen, also diese zwingenden und respektive prohibitiven Bestimmungen nur das Formelle von Handlungen betrafen. Allein die Auffassung des preußischen Gesetzgebers, die ihn zu dem in

---

[1]) L. 1, § 1 und 5, de legat et fideicomm. (32).

Rede stehenden Gesetz veranlaßte, war offenbar die, daß religiöse Gewissensskrupel die Parteien an einer Eheschließung vor dem Zivilstandesbeamten hätten verhindern und ihnen so die gesetzliche Eheschließung überhaupt, wenn auch aus Gewissensgründen, unmöglich machen können.

War dies die dem Gesetze zugrunde liegende Auffassung, so gehört, gleichviel ob man diese Auffassung in sich selbst billigt oder verwerflich findet, das Gesetz zur Klasse derer, welche eine materielle, den Individuen nicht vermeidliche Prohibition aufzuheben beabsichtigen.

Leuchtet dies ein, so wird jetzt klar sein, wie dies Gesetz unserer vorhergehenden Erörterung entspricht und die über die Konvaleszenz aus faktischer Veränderung in den obigen Fällen des römischen Rechtes hinausgehende stärkere Wirkung der Rechtsveränderung aufzeigt, welche wir als dieser begrifflich zukommend nachgewiesen haben. Denn während nach römischem Recht die Ehe durch die bloße auf wahre Ehe gerichtete Absicht geschlossen wurde, und man daher die faktische Konvaleszenz so darzustellen suchen kann, daß erst jetzt durch Festhaltung des formlosen Willens die Ehe geschlossen wird, verhält sich die Sache jedenfalls anders in dem betrachteten Falle des preußischen Rechtes. Da nach diesem Ehe nur unter bestimmten Formen geschlossen werden kann, die geschlossenen Ehen aber ohne weiteres für gültig erklärt wurden, so ist hier nicht jetzt eine neue Ehe entstanden, was in formloser Weise nicht geschehen konnte, sondern es konvaleszierte jetzt die frühere, und zwar ihrerzeit ungültige Eheschließung. Da dieselbe jetzt durch den Rechtswechsel als schon zur Zeit ihrer Schließung an sich gültig angeschaut wurde, so sollte diese an sich vor-

handene Gültigkeit jetzt *auch an ihr als wirklich hervortreten.* In dem preußischen Gesetz tritt also bei genauer Betrachtung, auch schon in bezug auf die Gültigkeit jener *Ehen*, dieselbe *stärkere*, dem *Rechtswechsel* entsprechende Wirkung ein, die wir ihm in bezug auf die Legitimität der *Kinder* nachgewiesen haben[1]).

Endlich ist noch ein letzter Unterschied zwischen der durch faktische und durch Rechtsveränderung herbeigeführten Konvaleszenz hervorzuheben, der ebenso theoretisch wie praktisch von nicht geringer Wichtigkeit ist.

Wir sagten oben, daß zur Konvaleszenz der individuelle Wille ein fortgesetzter, bis in den neuen Zustand hineindauernder gewesen sein müsse, nicht also bloß in einer einmaligen Handlung vorübergehend zutage getreten sein dürfe. Dies gilt jedoch in *diesem* Umfange nur bei der durch faktische Beseitigung der (materiellen) Prohibition eintretenden Konvaleszenz, und wir werden nunmehr sehen, welche begriffliche Modifikation auch dieser Punkt bei der durch Rechtsveränderung herbeigeführten empfängt.

Wir haben oben (S. 460, 469) gesehen, wie nach den römischen Juristen der auf die Ehe oder das Fideikommiß gerichtete Wille bis *nach* dem Eintritt des neuen die Prohibition beseitigenden Ereignisses fortgedauert haben muß. Es ist dies scharf zu verstehen, so daß es nicht hinreicht, wenn der Wille bloß *bis zum Moment* dieses

---

[1]) Der § 1 dieses Gesetzes lautet: „Alle in den gedachten Provinzen abgeschlossene und durch priesterliche Einsegnung vollzogene Ehen sollen als gültig und die darin erzielten Kinder als rechtmäßig eheliche Kinder angesehen werden, wenngleich die in dem französischen Gesetzbuche bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen Förmlichkeiten dabei nicht berücksichtigt sind."

Ereignisses gedauert hat, er muß auch noch nach demselben vorhanden gewesen sein. Schon die Worte der römischen Juristen lassen keinen Zweifel hierüber. Drückt sich Pomponius ungenauer darüber aus: quum *apud virum explesset etc.*, so spricht Paulus ganz bestimmt, die Senatorenehre sei gültig *post* depositum officium, wenn der Mann in eadem voluntate *perseverat* (also von jetzt ab), und ebenso ausdrücklich sagt Ulpian, das Fideikommiß sei gültig, si duraverit voluntas *post* manumissionem.

Auch ist der Grund hiervon sehr einleuchtend. Da bei der durch nur faktische Veränderung beseitigten Prohibition die während der Dauer derselben vollbrachte Handlung auch nicht als an sich gültig von dem Rechtsbewußtsein angeschaut wird, so ist im Augenblick der Prohibitionsbeseitigung noch nichts an sich Seiendes vorhanden, was in diesem ideellen Zeitmoment in Wirklichkeit übergehen könnte. Die Gültigkeit der Handlung kann somit überhaupt erst dadurch entstehen, daß auch noch jetzt nach der Beseitigung der Prohibition der auf die Ehe usw. gerichtete Wille da ist.

Infolgedessen haben andere Gesetze nach dem faktischen Fortfall der Prohibition noch eine gewisse quantitative Ausdehnung des Willens vorgeschrieben, um das wahrhafte Dasein desselben zu konstatieren und so die Konvaleszenz hervorzubringen. So ist nach dem Art. 185 des Code civil von Gatten, die vor dem erforderlichen Alter in Ehe traten, die Ehe erst dann nicht mehr anzugreifen, wenn sie nicht nur das kompetente Alter erreicht haben, sondern auch bereits sechs Monate nach Erreichung desselben verflossen sind[1]). Und es ist dies

[1]) Art. 185 C. c.: „Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis ou dont l'un des

um so unangreiflicher, als nach französischem Recht die Ehe nur durch bestimmte zivile Formen, nicht sola affectione geschlossen wird.

Aber man fühlt sofort, daß dies bei einem Gesetze wie dem vorbesprochenen preußischen von 1816 nicht also sein konnte und, wie der Text desselben zeigt, auch nicht sein sollte. Hier sollten die Ehen gültig sein, wenn auch bei dem Erscheinen des neuen Gesetzes seitens des einen oder anderen Ehegatten ein Wille hierzu nicht mehr vorhanden gewesen wäre. Um die grundsätzliche Richtigkeit hiervon zu prüfen, ist es inzwischen besser, statt jenes Gesetzes von 1816, welches in unmittelbarer Gestalt nur das Formelle der Eheschließung betrifft und erst auf einem Umwege zu einem solchen wird, welches seiner inneren Auffassung nach eine inhaltliche Prohibition beseitigen wollte, ein Gesetz zu unterstellen, welches ein rein materielles Eheverbot aufhebt.

Setzen wir also den Fall, daß unter vollkommen gesetzlich gültigen Formen eine wegen Verwandtschaft in unerlaubtem Grade, oder wegen Religionsverschiedenheit oder Standesungleichheit (Allgemeines Landrecht, T. II, T. 1, § 933—940) verbotene Ehe geschlossen worden ist, und nun die betreffende Eheprohibition durch ein neues Gesetz aufgehoben wird. Offenbar müssen dadurch alle noch nicht für nichtig erklärten Ehen dieser Art konvaleszieren, wenn auch schon bei oder vor Erlaß des neuen Gesetzes der faktische Wille der Gatten hierzu nicht mehr fortdauerte, vielmehr selbst ein entgegengesetzter Wille des einen oder anderen der beiden Ehe-

---

deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué, 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent . . ."

gatten, ja selbst beider vorhanden wäre, z. B. freiwillige faktische Trennung eingetreten wäre.

Der spekulative Grund hiervon liegt in dem Vorigen. Es ist eine Ehe freiwillig in gültigen Formen geschlossen worden. Diese Ehe war nach dem neuen Rechtsbewußtsein, welches dieselbe als erlaubt und innerhalb der individuellen Willensfreiheit liegend anschaut, von vornherein an sich gültig. Dieses Ansich, welches während der Zeit des entgegenstehenden Rechtes unwillkürlich und wirkungslos war, ist mit dem Moment des neuen Gesetzes zur Anerkennung und Wirklichkeit gekommen, und die noch vorhandene Ehe dadurch in dem Augenblicke des Eintretens desselben zur an und für sich seienden Gültigkeit gelangt.

Dasselbe Resultat beweist sich aber auch in folgender, mehr juristischer Form. Welchen Grund will das Individuum für die Nichtigkeit seiner Ehe anrufen? Seinen individuellen Willen? Sein Wille ist vielmehr der gewesen, die Ehe zu schließen, und es hat dies unter allen für einen echten Willen hierzu erforderlichen Formen getan. Das hindernde Gesetz? Aber dieses ist nicht mehr vorhanden und hat einem entgegengesetzten Rechtsbewußtsein Platz gemacht. Oder soll das frühere Verbotsgesetz wegen seiner Gleichzeitigkeit mit der Eheschließung jetzt als erworbenes individuelles Recht gelten? Aber dadurch, daß gegen das Verbot eines Gesetzes gehandelt wird, wird dies Gesetz doch gewiß nicht von dem ihm entgegenhandelnden Individuum sich angeeignet und zu seinem erworbenen Titel gemacht!

Vollkommen kongruent mit den früher entwickelten Unterschieden ist es also hier bei der durch Gesetzesänderung aufgehobenen Prohibition, im Gegensatz zu der durch faktische Veränderung beseitigten, nicht erst der

nach der Beseitigung des Hindernisses noch fortdauernde Wille, welcher von jetzt ab Wirkungen hervorbringt, sondern die frühere Handlung als solche konvaleszíert jetzt dadurch, daß sie seitens des Individuums eine von ihm hervorgebrachte und von ihm noch nicht aufgehobene äußere Wirklichkeit ist, die jetzt durch die Umwandlung des allgemeinen Bewußtseins — welches allein sie bisher von der rechtlichen Existenz ausschloß — in ein mit ihr identisches, die rechtliche Sanktion erlangt[1]). Folglich erlangt sie dieselbe in dem ideellen

[1]) Dies kann zunächst dem S. 443, Note 1, von der Ungültigkeit der gegen die Prohibition laufenden konditionellen Verpflichtung (s. Paulus daselbst) Gesagten zu widersprechen scheinen. Aber der Widerspruch wird zunächst schon dadurch ausgeschlossen, daß ja an dem, was dort über die bloß faktische, nicht rechtliche Existenz der konditionellen Verpflichtung während der Fortdauer der Prohibition entwickelt wurde, durch das Obige nichts geändert wird. Wäre jene konditionelle Stipulation, was Paulus mit Recht verneint, gültig, so würde sie, einmal getroffen, nicht einmal während der Zeit der Prohibition vom Individuum einseitig wieder aufgehoben werden können, was sie nach dem Obigen kann. Und nur auf die Verneinung dieser konditionellen Gültigkeit während der Existenz der Prohibitivbestimmung bezieht sich die Argumentation jener Note.

Übrigens waltet noch ein weiterer, den Widerspruch ausschließender Unterschied ob. Jene konditionelle Verpflichtung, die Paulus erwähnt, geht dahin, einen Menschen zu liefern, wenn er Sklave, oder einen Ort, wenn er ex sacro religiosove zu einem profanen geworden sein wird. Diese Verpflichtung würde nun aber nicht nur während der Prohibition, also während der Freiheit des Menschen, der Heiligkeit des Ortes, ungültig sein, sondern sie würde auch durch das Eintreffen der Bedingung nicht konvaleszieren. Der sich aus unserer ganzen Entwicklung ergebende und sie von neuem bestätigende Grund hierfür ist folgender: Ist ein Freier zum Sklaven oder

Zeitmoment selbst, in welchem diese Entwickelung der Rechtssubstanz in dem Gesetzwechsel wirklich geworden, und es ist von nun ab der Wille zur Aufrechterhaltung der Handlung gar nicht in mehrerem Grade erforderlich, als wenn dieselbe von Anfang an unter einem sie erlaubenden Gesetz geschehen wäre.

Von selbst dagegen ist evident, daß, wenn bereits während der Zeit des Prohibitivgesetzes der individuelle Wille die Handlung in der je nach der Natur derselben hinreichenden Weise wieder aufgehoben hatte, wenn also die Ehe für nichtig erklärt worden war, oder der Schenkende die materiell verbotene Schenkung widerrufen hatte,

---

ein bestimmter locus sacer zum profanen geworden, so ist das eine durch faktische Ereignisse vermittelte Veränderung des Rechtes dieses bestimmten Menschen und dieses bestimmten Ortes; aber es ist keine Veränderung in dem allgemeinen Rechtsbewußtsein selbst vorgegangen. Dieses ist vielmehr schlechthin mit sich identisch geblieben. Es wird von demselben nach wie vor als ungültig angeschaut, über einen Ort dieser bestimmten Art, einen locus sacer, zu stipulieren (während es in dem im Text in Rede stehenden Falle jetzt nicht mehr als ungültig angeschaut wird, eine Ehe dieser bestimmten Art — dieses Verwandtschaftsgrades — zu schließen), und es wird ebenso noch als zulässig angeschaut, daß ein fundus von der Gattung des stipulierten ein locus sacer sein könne. Daß er es nicht mehr ist, ist eine in Faktischem wurzelnde zufällige Veränderung. Man sieht, daß der Unterschied wieder aus dem Punkte entspringt, daß (s. oben S. 461 fg., 467, Note 1) die durch Faktisches herbeigeführte Veränderung sich dem Geiste als eine zufällig eintretende, nicht als eine Entwicklung darstellt, also nicht auf ein ihr vorausgehendes Ansich des Geistes zurückweist, während die geistige Veränderung der allgemeinen Anschauung als eine im Geiste vorgehende, notwendig für den Geist auch die Bedeutung einer notwendigen, statt zufälligen, die

der Fortfall des Prohibitivgesetzes keine konvaleszierende Wirkung mehr hervorzubringen vermag. Denn das neue Rechtsbewußtsein findet jetzt auch in dem ideellen Zeitmoment seines Eintretens gar keine Handlung und keinen in ihr vorhandenen Willen mehr vor, der zu konvaleszieren vermöchte. Und trotz seiner gegenwärtigen Auffassung der früheren Handlung als einer an sich gültigen, kann es dem Individuum das Recht nicht bestreiten, sie während des entgegenstehenden Gesetzes durch eine zweite Handlung oder respektive Willenserklärung in rechtmäßiger — weil der damaligen Wirklichkeit des Rechtes gemäßer — Weise auch seinerseits als das ge-

---

Bedeutung der Herausstellung eines schon vorher an sich in ihm Vorhandenen hat.

Um den Unterschied ganz deutlich zu zeigen, mag also noch hinzugefügt werden, daß die von Paulus unterstellte ungültige Stipulation — ob mit, ob ohne Kondition — in zwei Fällen allerdings nachträglich konvaleszieren würde; nämlich a) wenn die Rechtsregel, daß die res sacrae zu den res extra commercium gehören, aufgehoben würde, oder wenn b) die Sache dadurch profan würde, daß etwa durch eine Änderung in der religiösen Anschauung die ganze Art, der sie angehört (z. B. ein Sumpf, eine bestimmte Tierart usw.), zu einer solchen wird, die schlechterdings nicht sacra oder sancta sein kann. — Hier zeigt sich also jetzt auch der tiefere Grund, warum die in § 7, S. 435 fg., betrachtete Veränderung, daß eine Sache oder ein Ort zur res sacra etc. gemacht und also extra commercium erklärt wird, dennoch eine durch faktische Umstände eingetretene Rechtsveränderung, keine reine Rechtsveränderung ist. Allein dies war dort noch gleichgültig und konnte daher dort vernachlässigt werden. Denn der reinen Rechtsveränderung kommen, wie jetzt aus dem Obigen klar ist, nur noch andere und stärkere, immer aber mindestens dieselbe Einwirkung zu, wie dem durch faktische Umstände vermittelten Eintreten von Prohibitivgesetzen.

setzt zu haben, was sie damals der Wirklichkeit nach war, als eine ungültige und von Anfang an nichtige. Diese zweite in Übereinstimmung mit dem damaligen allgemeinen Bewußtsein vorgenommene Handlung oder Willenserklärung bleibt daher dem Individuum ein erworbenes Recht.

Es können daher die wegen unerlaubten Verwandtschaftsgrades oder Religionsverschiedenheit bereits für nichtig erklärten Ehen durch die Aufhebung dieser Gesetze nicht mehr berührt werden (ebensowenig wie das preußische Gesetz von 1816 auf solche Fälle mehr einwirken konnte), und auch nicht einmal die zwischen der Schließung der Ehe und ihrer Nichtigkeitserklärung erzeugten Kinder können durch ein späteres Gesetz legitimiert werden, da die Nichtigkeit der Ehe nicht erst von der Nichtigkeitserklärung datiert, sondern durch diese als eine ab initio vorhandene erworben ist.

Es ist soeben der Schenkungen Erwähnung getan worden. Aus den entwickelten Prinzipien folgt, daß eine die materielle Dispositionsbefugnis überschreitende und darum insoweit nichtige Schenkung konvalesziert, wenn noch während Lebzeiten des Schenkenden und ehe er die Schenkung widerrufen, das seine Dispositionsbefugnis beschränkende Prohibitivgesetz aufgehoben wird.

Eine ähnliche Entscheidung ist vom Tribunal zu Loudun durch Urteil vom 10. April 1822 erlassen worden. Der einzige Sohn eines unter dem Code civil, und wie es scheint, ab intestato gestorbenen Vaters, welcher unter dem die Dispositionsbefugnis zugunsten der Deszendenten auf ein Zehnteil beschränkenden Gesetz vom 17. Nivôse II eine diese Grenze überschreitende Schenkung gemacht hatte, focht dieselbe an, während der Beklagte behauptete, daß dieselbe bestehen bleiben müsse, soweit sie nicht

gegen die vom Code civil eingeräumte Dispositionsbefugnis verstoße.

Das Tribunal entschied gegen den Kläger mit folgenden Gründen:

„Attendu que les donations entre vifs, étant irrévocables ne peuvent être régies que par les lois sous l'empire desquelles elles sont faites;

„Qu'il en résulte qu'elles ne peuvent jamais être réduites pour une légitime plus forte que celle fixée par la loi de la donation;

„Mais que la légitime ne peut être demandée qu'après l'ouverture de la succession; que le légitimaire n'en peut être saisi que par la mort, d'après ce principe, que le mort saisit le vif, et qu'il ne peut avant former aucune espèce d'action à cet égard;

„Que les successions ne sont régies que par les lois qui existent à leur ouverture; que c'est alors seulement que l'on peut examiner s'il y a lieu ou s'il n'y a pas lieu à la légitime:

„Que le légitimaire ne peut agir pour faire réduire les donations qu'en vertu de la loi qui régit la succession, puisque c'est cette loi qui établit son droit et qu'ainsi il ne peut demander plus que cette loi ne lui accorde."

Merlin, welcher dieses Urteil mitteilt[1]), tritt demselben aus den in demselben angegebenen Gründen gleichfalls bei. Aber es wird sich nicht verkennen lassen, daß diese Gründe durchaus unzureichender Natur sind. Die Schenkung war eine ungültige gewesen. Der Vater hatte sie auch seit dem Eintreten des Code civil nicht bestätigt. Auch versucht das Urteil selbst nicht einmal, aus seinem

[1]) Rép. de Jurispr. v⁰ Effet rétr., Sect. III, § 3, Art. 5. V, 585.

Stillschweigen beim Tode eine letztwillige Bestätigung derselben herzuleiten, was auch bei dem System des französischen Gesetzes über Schenkungen und Testamente untunlich wäre. War somit die Schenkung niemals gültig geworden, lag der Anspruch auf die ungültig verschenkten Objekte bis zum Tode in dem Vermögen des Verstorbenen[1]), so erfordert das Prinzip: le mort saisit le vif vielmehr, daß auch dieser Anspruch nun auf den gesetzlichen Erben übergeht[2]).

---

[1]) Es würde ganz irrig sein, diese Schenkung nicht als ein nichtiges, sondern nur als anfechtbares Rechtsgeschäft betrachten zu wollen, welches nur in dem selbständigen Rechte bestimmter Personen (in der Erbberechtigung der Deszendenten) das Hindernis seiner Gültigkeit habe, so daß es nur wegen des Aufhörens dieses Rechtes der dritten Person seine Anfechtbarkeit durch dieselbe verliert und dadurch in volle Wirksamkeit tritt, wie dies der innere Gedankengang des obigen Urteiles ist. Es wäre dies sehr irrig, sagen wir; denn wäre das in dem Rechte der dritten Person liegende Hindernis in faktischer Weise beseitigt worden, dadurch nämlich, daß statt des Eintretens des Code civil das Nivôsegesetz bestehen geblieben, der einzige Deszendent des Vaters aber vor demselben gestorben wäre, so war nun zwar gleichfalls durch den Tod das in dem Rechte einer bestimmten Person liegende Hindernis fortgefallen, und dennoch wäre, wie niemand bestreiten wird, der Vater berechtigt geblieben, die ungültige Schenkung jederzeit aufzuheben. — Die Konvaleszenz geht also nicht dadurch vor, daß das Einspruchsrecht des Dritten fortfällt, sondern dadurch, daß ein Gesetz eingetreten ist, welches, die materielle Prohibition beseitigend, die Willenshandlung der Schenkung als eine in der Befugnis des Individuums stehende und somit gültige anerkennt.

[2]) Weshalb denn auch der Pariser Kassationshof durch Urteil vom 7. Ventôse XIII und vom 1. Februar 1820 in dem dem Tribunal von Loudun entgegengesetzten Sinne entschieden hat.

Die wahre Rechtfertigung der Entscheidung ergibt sich vielmehr aus dem Obigen. Die Schenkung konvaleszierte durch das Eintreten des Code civil, woraus dann aber die Folgerung hervorgeht, daß sie nun auch von dem Schenkenden selbst nicht mehr revoziert werden konnte.

Zur Sicherstellung der in diesem Paragraphen entwickelten Theorie gegen einige mögliche Einwürfe bedarf es noch eines Blickes auf die Ratihabition und die Vergleichung der durch sie eintretenden Wirkungen mit den oben entwickelten begrifflichen Folgen.

Die Ratihabition ist, da sie in dem Eintreten einer früher nicht vorhandenen Einwilligung eines Individuums besteht, eine faktische Veränderung. Da nun aber die Ratihabition gleichwohl im allgemeinen auf den Anfang der ratihabierten Handlung zurückwirkt und sie nicht vom Zeitpunkt der Ratihabition, sondern vom Zeitpunkt ihrer Vollbringung ab gültig macht, so könnte man dies als einen bestimmten Widerspruch gegen die oben abgeleiteten Gedankengesetze geltend machen, und diese dadurch der Unrichtigkeit oder der Unvollständigkeit und Unfähigkeit systematischer Durchführbarkeit überführen wollen.

Bei genauerer Betrachtung verschwindet jedoch nicht nur dieser Schein, sondern ergibt sich sogar eine erhebliche und systematische Bestätigung für das durchgreifende Walten der von uns exponierten Begriffsunterschiede auf diesem Gebiete.

Zunächst muß hervorgehoben werden, daß die Ratihabition nur dadurch die Handlung — z. B. den ohne Mandat geschlossenen Vertrag usw. — von Anfang an gültig macht, weil sie eine freiwillige Akzeptation der ursprünglichen Handlung und aller ihrer bis jetzt eingetretenen Wirkungen durch den Berechtigten darstellt. Zum Unterschied der als Folge einer rechtlichen oder

faktischen Veränderung ipso jure eintretenden eigentlichen Konvaleszenz, hat die Ratihabition also die Natur eines jetzigen Vertrages, vermöge deren der Privatwille ausdrücklich über vergangene Handlungen stipuliert und sie samt ihren Wirkungen zu den seinigen macht, soweit nämlich die frühere Ungültigkeit derselben lediglich seinem Privatrechte entfloß[1]).

Denn es muß zweitens, an diese letztere Einschränkung anknüpfend, bemerkt werden, daß die Ratihabition nicht in allen Fällen retrodatierende Wirkung hat.

Wenn eine Ehe ohne die väterliche Einwilligung geschlossen worden, und letztere später erteilt wird, so wird die Ehe gültig, aber nicht vom Tag ihrer Schließung, sondern erst vom Tage des väterlichen Konsenses an, so daß der Mann niemals die Frau wegen eines vor diesem Konsens begangenen Ehebruches verklagen kann, da das Verhältnis bis dahin als Konkubinat aufgefaßt bleibt[2]).

Ebenso konvalesziert durch die nachträgliche väterliche Einwilligung zur Ehe die dotis promissio, aber nur vom Tage des Konsenses ab, und bei der gegen die kaiserlichen Mandate geschlossenen Ehe bleibt die dos, wenn auch später die Einwilligung erteilt wird, dem Fiskus erworben[3]).

Und Paulus entscheidet ausdrücklich, daß die vor dem

---

[1]) Und soweit also, wie wir bald sehen werden, gar kein Prohibitivgesetz entgegenstand, nämlich keine gesetzliche Bestimmung, auf welche nicht auch durch die Privatwillkür des Berechtigten im voraus hätte verzichtet werden können (vgl. oben S. 304, Note 1, und S. 420, Note 1).

[2]) Ulpian in L. 13, § 6 ad legem Juliam de adult. (48, 5) und L. 13 de his qui not. infam. (3, 2).

[3]) L. 8 C. de nuptiis (5, 4); vgl. L. 68 de jure dot. (23, 3).

väterlichen Konsens erzeugten Kinder illegitim bleiben[1]).

In anderer Hinsicht verschieden, aber in bezug auf das bald hervorzuhebende Prinzip grundsätzlich auf derselben Linie steht auch folgender Fall. Schenkungen zwischen Mann und Frau während der Ehe sind nach römischem Recht bekanntlich ungültig. Durch das auf die Rede des Antoninus erlassene Senatskonsult wurde jedoch festgestellt, daß, wenn der Donator stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, dieselbe hierdurch als stillschweigend konfirmiert und gültig geworden betrachtet werden soll.

Es wäre irrtümlich zu glauben, daß die ursprünglich wegen mangelnder Fähigkeit nichtige Schenkung jetzt qua Testament gültig wird. Schon der eine Grund würde hiergegen ausreichen, daß das aus mangelnder Fähigkeit sowohl des Testierenden als auch des Honorierten ungültige Testament selbst nach römischer Lehre nicht durch das Vorhandensein der Fähigkeit zur Todeszeit ohne ausdrückliche Wiederholung gültig wird[2]).

Die Schenkung konvalesziert somit jetzt als solche durch die unterstellte Bestätigung. Aber gleichwohl konvalesziert sie nicht vom Tage der Schenkung, sondern erst von der Zeit des Todes ab; sie wird daher als eine Schenkung von Todes wegen behandelt und die Falcidische Quart von ihr abgezogen[3]).

---

[1]) L. 11 de stat. hom. (1, 5).

[2]) S. § 4 Inst. de her. qual. (2, 19); L. 6, § 2; L. 49, § 1; L. 59, § 4; de her. inst. (28, 5).

[3]) S. L. 32 de donat. inter vir. et ux. (24, 1); L. 12 C. ad leg. Falc. (6, 50) und L. 25 C. de donat. inter vir. et ux. (5, 16). — Erst Justinian bringt durch das letztbezogene Gesetz Verwirrung in diese Lehre, indem er diese stillschwei-

Betrachtet man nun alle die angeführten Fälle genauer, so stellen sie sich nicht als bloße Ausnahmen von der Regel der retrodatierenden Wirkung der Ratihabition dar, sondern es tritt in diesen scheinbaren Ausnahmen und dieser scheinbaren Regel nur die Gliederung eines in sich einigen Prinzipes zutage.

Ist nämlich, wie beim Mangel des väterlichen Ehekonsenses, die Nichtigkeit der Handlung nicht bloß Ausfluß des Privatrechtes des zur Genehmigung Berechtigten, sondern durch Gründe des öffentlichen Rechtes vermittelt, liegt also eine wahre Prohibition vor, d. h. ein absolutes Gesetz, über welches die Privatwillkür nicht transigieren kann, so kann die nachträgliche Ratihabition keine auf den Anfang der Handlung sich zurückerstreckende Konvaleszenz hervorbringen.

Das spätere Faktum der väterlichen Einwilligung kann nicht bewirken, daß die beim Mangel dieser Einwilligung durch die Anschauung des öffentlichen Bewußtseins prohibierte Ehe bis zum Eintreten dieser Einwilligung nicht nichtig gewesen sei und nichtig gewesen bleibe.

Dagegen tritt bei der Ratihabition eines ohne meinen Willen geschlossenen Vertrages oder der Verpfändung einer mir gehörigen Sache usw. retrodatierende Wirkung deshalb ein, weil die Ungültigkeit dieser Handlungen gar nicht auf einem absoluten und somit gar nicht auf einem Prohibitivgesetze beruht, sondern lediglich in der Berechtigung eines Privatwillens[1]).

---

genden Bestätigungen (und auch die ausdrücklichen) „sicut et alias ratihabitiones negotiorum" teils auf den Tag der Schenkung zurückwirken, teils wieder, in besonderen Fällen, nicht zurückwirken läßt.

[1]) Es ist hier von Interesse, einen Blick auf die Ehevorschriften des Allgemeinen Landrechtes zu werfen, welchen im

Dies zeigt sich, entsprechend dem von uns überall festgehaltenen Begriff des Prohibitivgesetzes (s. oben S. 304

---

allgemeinen die im bisherigen entwickelten Gedankenbestimmungen, daß einerseits bei der faktischen Beseitigung von Prohibitivgesetzen die Gültigkeit erst ab nunc eintreten kann, und andererseits Hindernisse, welche lediglich in der Berechtigung eines bloßen Privatwillens liegen, nicht als Prohibitionen des öffentlichen Bewußtseins aufzufassen sind und ihre Beseitigung daher die Handlung zu einer ab initio gültigen macht, in einer, obwohl nicht konsequent festgehaltenen, aber doch unleugbaren Weise zugrunde liegen. Das Allgemeine Landrecht unterscheidet (T. II, Tit. 1, § 933 fg.) zwischen nichtigen und ungültigen Ehen. § 933: „Ehen, welche wegen obwaltender Verbotsgesetze niemals bestehen können, heißen nichtig." § 934: „Ehen, welchen zwar von Anfang an gesetzliche Hindernisse im Wege stehen, die aber doch in der Folge durch Hebung dieser Hindernisse verbindliche Kraft erlangen, werden ungültig genannt." Der erste Paragraph spricht also ausdrücklich von den Prohibitivgesetzen als solchen. Welches zum Unterschiede von diesen der Begriff der im zweiten Paragraphen erwähnten „gesetzlichen Hindernisse" sein soll, sagt uns das Allgemeine Landrecht nicht, sondern begnügt sich damit, die hier gemeinten Ehen an den von ihm vorgeschriebenen Folgen erkennen zu lassen (statt umgekehrt die Folgen aus dem Begriff abzuleiten). Sieht man inzwischen auf die §§ 968—972, in welchen das Landrecht die ungültigen Ehen aufzählt, so findet man, daß meistens solche Hindernisse gemeint, welche, wenigstens nach der Auffassung des Allgemeinen Landrechtes, bloß privatrechtlicher Natur sind (mangelnder individueller Wille usw.). Der hauptsächliche Unterschied zwischen den nichtigen und den ungültigen Ehen besteht nun, unserer Entwicklung sehr entsprechend, in folgendem: Auch von den wegen wahrer Prohibition nichtigen Ehen wird zugegeben, daß sie durch faktische Beseitigung des prohibierenden Umstandes zur Gültigkeit gelangen können. Aber es wird bestimmt, daß diese Gültigkeit erst von jetzt an ihren Anfang nimmt, und deswegen sogar verordnet (was

und 420, Note 1), klar daran, daß der Berechtigte auf die Ungültigkeit solcher Handlungen, zu denen seine Einwilligung nicht vorliegen wird, auch im voraus wirksam verzichten kann. Denn dies geschieht in einer Generalvollmacht, durch welche ich einen procurator

---

dem Gesetzgeber jedenfalls zustand, s. § 6 über das Recht desselben, dem Individuum das onus einer nochmaligen Willensbestätigung aufzulegen), daß die Ehe jetzt nochmals vollzogen werden muß. § 946: „Soll ... die nichtige Ehe nach gehobenem Hindernis zur Gültigkeit gelangen, so muß sie auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Art nochmals feierlich vollzogen werden." § 947: „Mit dem Zeitpunkt dieser nochmaligen Vollziehung nimmt die Gültigkeit einer solchen Ehe erst ihren Anfang." (Die Vorschrift der nochmaligen Vollziehung zeigt zugleich, daß das Landrecht bei der faktischen Beseitigung der Prohibition, die es natürlich überall unterstellt, mit Recht der Ansicht ist, daß der auf die Gültigkeit der Handlung gerichtete Wille noch nach der Beseitigung des Prohibitivumstandes vorhanden sein muß, damit Konvaleszenz eintreten könne.) Von den ungültigen Ehen wird dagegen verordnet, § 975: „Wird aber das Ehehindernis in der Folge gehoben, so muß angenommen werden, daß die Ehe von Anfang an gültig gewesen sei." — Zwar rechnet das Allgemeine Landrecht die Ehen, denen der väterliche Konsens mangelt, zu den bloß ungültigen Ehen (§ 972), die also durch die nachträgliche Erteilung des Konsenses von Anfang an gültig werden. Allein es widerspricht deshalb durchaus nicht dem oben an der römischen Behandlung dieses Falles entwickelten Grundsatz, daß, wo der Mangel an Konsens eine wahre Prohibition begründet, die nachträgliche Ratihabitation der Handlung erst von jetzt ab und nicht für die Zeit, wo sie contra jus gewesen, zur rechtlichen Existenz verhelfen kann. Denn in den Fällen, wo landesherrliche Einwilligung (beim Militär) oder Dispensation (bei Standesungleichheit) erforderlich — in Fällen also, wo auch nach der Auffassung des Allgemeinen Landrechtes eine aus dem öffentlichen Interesse fließende wahrhafte Prohibition vorliegt —, ist die

omnium rerum aut ad omne negotium ernenne[1]) und künftige Handlungen als für mich gültig erkläre, denen nicht einmal mein Wissen, und somit auch nicht mein Wollen einwohnen wird. Darum ist auch nicht einmal das SC. Macedonianum, in Hinsicht auf den Vater, ein Prohibitivgesetz, da dieser nicht gehindert wäre, dem in seiner Gewalt befindlichen Sohne eine derartige Generalprokuration zu erteilen, während z. B. die Unfähigkeit des filius, zu testieren, eine prohibitive ist; denn hierzu kann ihn der Vater auch nicht ermächtigen. Und weil es kein Prohibitivgesetz rücksichtlich der väterlichen Verbindlichkeit ist, so wirkt mit Recht die väterliche Ratihabition eines vom Sohne gemachten Darlehens auf dasselbe ganz so konvaleszierend ein[2]), als wenn der Privatwille von Anfang an (also das Mandat) dazu vorgelegen hätte[3]).

Ehe nichtig, und bleibt dies auch, wenn nachträglich die landesherrliche Einwilligung oder Dispensation eintritt, bis zur nochmaligen Eheschließung (§§ 938, 940, 946). Das Landrecht erkennt also hierdurch unseren obigen Grundsatz an. Wird die väterliche Einwilligung abweichend behandelt, so ist dies also nur ein Beitrag mehr zu der geänderten Auffassung der patria potestas des Landrechtes im Vergleich zur römischen.

1) Ulpian, L. 1, pr. 1 mandat. (3, 3); Paulus, R. S. I, 3, § 2.

2) Ulpian, L. 7, § 15 de SC. Maced. (14, 6); L. ult. C. ad SC. Maced. (4, 28).

3) Der einzige scheinbare Fall, den man aus dem römischen Rechte gegen die obige Entwicklung geltend machen könnte, wäre folgender: Die Veräußerung eines Dotalgrundstückes durch den Ehemann ist eine ganz nichtige Handlung. Wenn ihm aber späterhin die ganze Dos zufällt, so konvalesziert dadurch die Veräußerung von selbst. (Papinian, L. 42 de usurp., 41, 3.) Da nun aber die Unveräußerlichkeit der Dos eine wahrhafte Prohibition darstellt, an welcher der Privatwille nichts ändern kann; da ferner diese Prohibition im gedachten Falle

Seines Rechtes aber zur Einwilligung in die bestimmte vom Sohne zu schließende Ehe kann sich der Vater nicht im voraus wirksam begeben. Er kann nicht in gültiger Weise dem Sohne die allgemeine Ermächtigung erteilen, jede ihm beliebige Ehe zu schließen und ihn so von der Erforderlichkeit seines Spezialkonsenses entbinden.

---

durch faktische Änderung beseitigt ist, und dennoch, ohne neue Tradition, die Veräußerung konvaleszierț, so scheint diese Konvaleszenz auf den Anfang der Handlung zurückzulaufen, in welchem Falle sie ein Widerspruch gegen das obige Gesetz wäre. Da inzwischen begriffliche Gesetze, zum Unterschiede von Regeln, keine wahrhafte Ausnahme kennen, so ist es Pflicht, diesen Schein zu beseitigen. Auch wenn ein Nichteigentümer eine Sache verkauft und hinterher das Eigentum erwirbt, so konvalesziert dadurch die Veräußerung. Papinian sagt uns das an derselben Stelle: Idem juris est quam is qui rem furtivam vendidit, postea domino heres exstitit. Und ausführlicher verbreiten sich Ulpian und Julian darüber, L. 4, § 32, de doli mali et met. exe. (44, 4). Wenn der zum Eigentümer gewordene Nichteigentümer gegen den Käufer klagt, so würde er — heißt es daselbst — mit der exceptio doli mali zurückgewiesen werden. Wenn der zum Eigentümer gewordene Nichteigentümer aber im Besitz ist und der Käufer klagt, so kann er die Exzeption des Gegners mit der doli replicatio abschlagen; „ac per hoc intelligeretur," sagen Ulpian und Julian, „eum fundum *rursus vendidisse quem in bonis non haberet*" (nämlich als er ihn zum erstenmal verkaufte). Es wird also die Sache so gedacht, als wäre im Moment der Eigentumserwerbung seitens des Verkäufers ein zweiter ideeller Verkauf vor sich gegangen, d. h. der Verkauf konvalesziert erst von diesem Augenblick an, nicht in bezug auf die frühere Zeit (also nicht in bezug auf die früheren Früchte usw.). Und offenbar ganz dasselbe muß auch für die Veräußerung von Dotalgrundstücken gelten, wie zum Überfluß noch die Papinianische Behandlung beider Fälle als identischer zeigt. — Es findet also auch hier gar keine Ausnahme statt.

Das Erfordernis dieser Genehmigung beruht also im Unterschied von den früheren Fällen auf einer absoluten, der Privatwillkür nicht anheimgestellten Vorschrift. Mit anderen Worten: das Verbot, Ehe ohne väterliche Einwilligung zu schließen, ist eine durch die Anschauung des allgemeinen Bewußtseins als solchen gesetzte Prohibition, und darum kann, solange dies allgemeine Bewußtsein in seiner Rechtsanschauung mit sich identisch bleibt, das Faktum der nachträglichen väterlichen Einwilligung nichts daran ändern, daß in bezug auf die Zeit bis dahin die stattgehabte Ehe als eine durch das Volksbewußtsein ausgeschlossene nach wie vor ohne rechtliche Existenz bleibt.

Ebenso stellt die Unfähigkeit der Eheleute, sich zu beschenken, eine absolute, dem Privatwillen in keiner Weise überlassene Prohibition dar, und darum kann auch die Bestätigung derselben von Todes wegen, d. h. in dem Augenblicke, wo durch faktische Veränderung der Ehegatte diese Fähigkeit erlangt hat, nicht ändern, daß die Schenkung bis dahin als eine contra jus gewesene ungültig bleibt und erst von dem Moment der Bestätigung ab Existenz gewinnt.

Dies ist auch der Grund, weshalb die Autorisation des Tutor zu einem Vertrage, welche nicht als eine privatrechtliche Befugnis, sondern als ein im öffentlichen Interesse liegender Schutz der Willensfreiheit von Unmündigen gedacht ist, statim in ipso negotio erfolgen muß und der Tutor weder den Vertrag statt dessen nachträglich genehmigen, noch im voraus dazu Autorisation erteilen kann[1]).

---

[1]) Gajus in L. 9, § 5, de autor. et consensu etc. (26, 8): Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, post

Was wir durch diese Auseinandersetzung über die Ratihabition gezeigt zu haben glauben, ist, um das Resultat kurz zusammenzufassen, folgendes:

1. daß die Ratihabition, obgleich sie eine durch faktische Veränderung eintretende Gültigkeit darstellt und obgleich diese Gültigkeit auf den Anfang der Handlung zurückläuft, dennoch den von uns entwickelten begrifflichen Gesetzen über die geringere und notwendig nur ab nunc laufende Wirkung der faktischen Beseitigung von Prohibitionen nicht widerspricht, da die Ratihabition jenen retrodatierenden Effekt nur ausübt, weil und insofern sie nicht in der Beseitigung einer durch das öffentliche Bewußtsein gesetzten Prohibition, sondern eines rein privatrechtlichen, lediglich in der Sphäre eines individuellen Willens gelegenen Hindernisses besteht, ein Privatwille, der, wo es auf sein alleiniges Schalten ankommt, auch wenn er nachträglich eintritt, natürlich als das Frühere akzeptierend und zu dem Seinigen machend, ganz ebenso angesehen werden muß, als wäre er ab initio vorhanden gewesen; daß also diese Ratihabition einerseits mit unserem Gegenstande — den Prohibitivgesetzen — überhaupt nichts zu tun hat, andererseits gerade durch den in sich innerlich übereinstimmenden Gegensatz, in welchem ihr Wesen und ihre Wirkung zu der Prohibition des öffentlichen Bewußtseins steht, das von uns hierüber Gesagte gerade unterstützt und vervollständigt.

2. daß, wo die Ratihabition wirklich eine faktische Beseitigung von Prohibitivgesetzen darstellt, sie in der Tat keine auf den Anfang der Handlung zurücklaufende Wirkung ausübt, sondern die konfirmierte Handlung ganz

---

tempus vero aut per epistolam interposita ejus auctoritas nihil agit, und Inst. § 2 de auctor tutor.

so erst von jetzt ab gültig wird, als wäre sie jetzt erst eingetreten, und alle bereits entstandenen Wirkungen derselben auch von jetzt ab ungültig bleiben (die Kinder illegitim, die Dos kaduk), wie wir dies oben entwickelt haben, und dies die notwendige Gedankenfolge davon ist, daß das bei der bloß faktischen Beseitigung der Prohibition in sich identisch gebliebene Rechtsbewußtsein des Volkes die Handlung bis zum Eintritt der faktischen Änderung noch nach wie vor als eine an und für sich ungültige und substantiell nichtige anschaut.

Werden dagegen materielle Prohibitivgesetze aufgehoben und somit durch eine Änderung des allgemeinen Bewußtseins beseitigt, so ist in bezug auf die während des Verbotes in gültigen Formen vorgenommenen und noch nicht wieder aufgehobenen individuellen Willenshandlungen dieser Art etwas eingetreten, was man, wenn es auf eine Analogie ankäme, als eine Ratihabition des öffentlichen Geistes bezeichnen könnte.

Diese Ratihabition oder Konfirmation erzeugt nun, wie wir dies oben ausführlich und in allen ihren Momenten zum Unterschiede von der durch faktische Ändederung hervorgebrachten Konvaleszenz auseinander gesetzt haben, die Folge, daß von jetzt ab die frühere Handlung als solche konvalesziert, d.h. daß die Handlung nunmehr als von Anfang an an sich gültig angeschaut wird, dieses Ansich jetzt zur rechtlichen Anerkennung kommt, und daher von dieser Anerkennung ab auch die früher entstandenen Folgen und Wirkungen der Handlung zu rechtlich gültigen werden und nur bereits erworbenen Rechten gegenüber — d. h. solchen gegenüber, welche während der Zeit der Prohibition bereits erworben worden waren, und deren Erwerb durch

die damalige Ungültigkeit jener Handlungen vermittelt worden war — ungültig bleiben[1]). (Vgl. § 9.)

Da jetzt die Handlung als solche konvalesziert, so liegt hierin, wie schon oben hervorgehoben wurde[2]), der Grund, daß zum Unterschied von der Beseitigung der Prohibition durch faktische Änderung, auch einmalige Willenshandlungen, die nicht, wie die Ehe, einen dauernden Zustand begründen, durch rechtliche Aufhebung der materiellen Prohibitionsbestimmung konvaleszieren, wenn nur nicht bereits vor dem Rechtswechsel die Ungültigkeit der Handlung wieder ihrerseits durch Willenshandlung, Urteil oder Vergleich usw. zu einem erworbenen Rechte geworden ist. Auch fehlt es, außer dem hierüber bereits Angeführten, nicht an Beispielen hierfür im römischen Recht. So verordnet der Kaiser Anastasius[3]), daß alle über die servilis vel adscriptitia conditio noch zu schließenden oder bereits geschlossenen[4]) Transaktionen, auch in den noch hängigen Prozessen[5]), fürder nicht aus dem Grunde als ungültig angesehen werden sollen, weil sie über die servilis vel adscriptitia conditio errichtet sind. Ebenso verordnet Justinian[6]), daß, wenn auf die der sazerdotalen Prärogative zustehende Klagverjährung verzichtet worden ist, dieser Verzicht gültig und bindend sein, und dies auf alle solche Fälle seine Anwendung erhalten solle „qui necdum per judicialem sententiam vel amicabilem conventionem sopiti sunt".

---

[1]) Wie also z. B. in dem oben gesetzten Falle der während der Prohibition, und somit während der Illegitimität der Kinder, anerfallenen Erbschaft.

[2]) Siehe oben S. 458 fg., S. 471 fg.

[3]) L. ult. C. de transactionibus (2, 4).

[4]) . . . transactiones celebrandas *vel jam celebratas* etc.

[5]) . . . in omnis litigiis *jam motis et pendentibus.*

[6]) L. 51 C. de episcopis etc. (1, 3).